جامعة عاشور زيان – الجلفة -

كلية الحقوق والعلوم السياسية

قسم الحقوق

أحكام الخلع في قانون الأسرة الجزائري وقرارات المحكمة العليا

مذكرة مكملة لمقتضيات نيل شهادة الماستر في الحقوق

تخصص :أحوال شخصية

إعداد الطالبة:

زميت سليمة

إشراف الأستاذ:

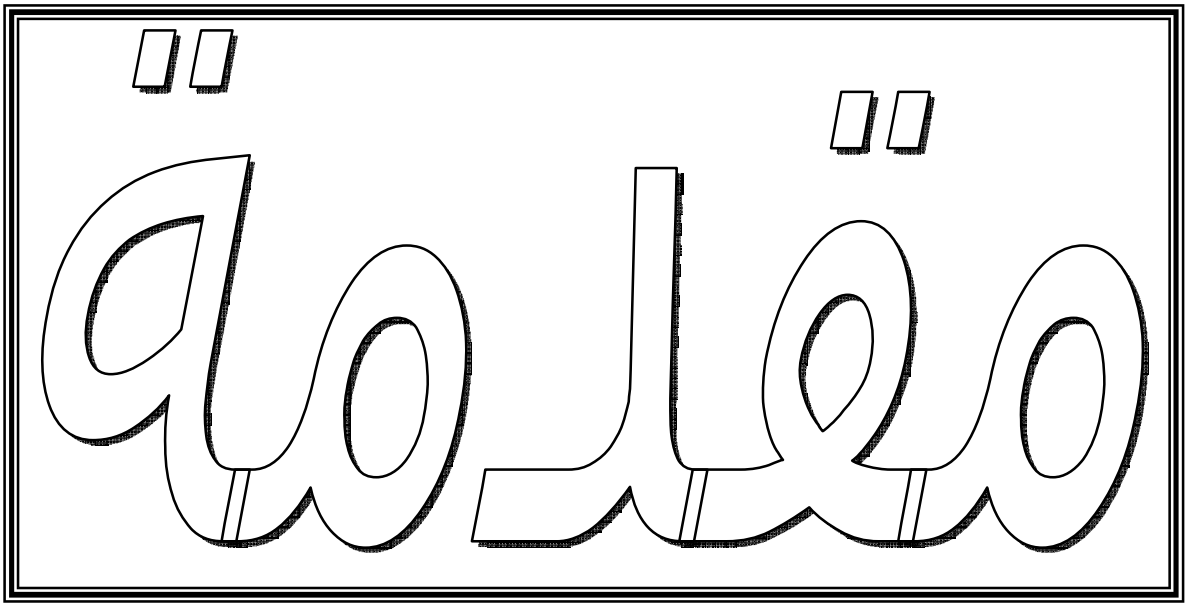
د/بوفاتح بلقاسم

لجنة المناقشة

الدكتور :	رئيـــــــــسا
الدكتور : بوفاتح بلقاسم	مشرفا ومقررا
الدكتور :	منـاقشـــــــا

السنة الجامعية:1438هـ. 1439هـ/2017م.2018 م

بسم الله الرحمن الرحيم


مقدمة

مقدمة:

لقد جعل الله نعمة التعارف بين الشعوب والقبائل والعائلات بالزواج، فالزواج أهم علاقة ينشئها الإنسان في حياته لذلك تولاه الشارع بالرعاية فأضفي عليه قدسية تجعله فريدا بين سائر العقود الأخرى لما يترتب عليه من أثار خطيرة لا تقتصر على الرجل والمرأة، ولا على الأسرة التي توجد بوجوده بل تمتد إلى المجتمع، حيث لم تخل شريعة من الشرائع السماوية من الإذن به، وروى مسلم عن عمرو ابن العاص أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال: " الدنيا متاع وخير متاعها المرأة الصالحة ".

فالأصل في الزواج هو التأبيد والإستمرار وأن تقوم العلاقة الزوجية أساسًا على المحبة والمودة وحسن المعاشرة قال الله تعالي ﴿هن لباس لكم وانتم لباس لهن﴾ [1] وأن تكون العلاقة بين الزوجين ممتدة إلى وفاة أحدهما غير أن الإسلام وجه الزوجين في حالة ما إذا تعرض هذا الزواج للمشاكل والنزاع بينهما إلى الصبر والتحمل فإذا كانت النتيجة الصلح والتوفيق وإلا تنتهي هذه العلاقة.

ومراعاة لحال الزوجين أجازت الشريعة الإسلامية وكذا القوانين الوضعية إنهاء الرابطة الزوجية بتراضي الطرفين (الطلاق بالتراضي) أو الإرادة المنفردة للزوج كما يمكن أن تنتهي بطلب من الزوجة عن طريق التطليق أو الخلع وهذا الأخير هو موضوع بحثنا.

---

[1]- سورة البقرة، الآية :187.

أهمية الدراسة :

يعتبر موضوع الخلع من المواضيع الحيوية والبالغة الأهمية لأنه يمس مباشرة الحياة الأسرية في مختلف جوانبها الإجتماعية والقانونية، والأسرة هي اللبنة الأساسية لبناء المجتمع فإذا تفككت الأسرة تفكك المجتمع. كما أن موضوع الخلع عرف جدلاً كبيراً بعد تعديل نص المادة 54 من قانون الأسرة الجزائري حيث منح للمرأة حرية التعبير عن إرادتها في تقرير مصيرها وهو حق كرسته الشريعة الإسلامية من قبل بتطبيقها لعدل الله تعالى بين عباده.

أسباب اختيار الموضوع :

ما دفعني لإختيار هذا الموضوع هو أن الخلع موضوع حيوي يمس بكيان الأسرة لذلك أردت الإلمام بأحكام الخلع وباقي جوانبه.

– إرتفاع نسبة قضايا الخلع في المجتمع وما يترتب عنه من أثار سلبية علي الأسرة والأطفال حيث لابد من القيام بدراسة جادة لتفادي الثغرات القانونية التي قد تحد من تزايد قضايا الخلع.

– إن الحياة العملية لا تخلو من قضايا الخلع وجهل الناس بأحكام هذه القضية وقلة الوعي بالآثار الخطيرة للخلع علي المجتمع.

– رغم أهمية موضوع الخلع إلا أن المشرع الجزائري إكتفى بمادة واحدة.

الهدف من الدراسة :

إن هدفي من دراسة موضوع الخلع هو:

- بيان مفهوم الخلع ، شروطه ، أركانه وتوضيح إجراءات التقاضي في دعوى الخلع.

- بيان موقف المشرع الجزائري من الخلع.

- تميز الخلع عن بعض الحالات المشابهة له.

-بيان النقائص التي تعتري المادة 54 من قانون الأسرة الجزائري المتعلقة بالخلع.

المنهج المتبع :

إعتمدت في دراستي على المنهج الوصفي التحليلي حيث قمت بوصف الخلع وتحليل أحكامه.

الدراسات السابقة :

الإطلاع على الدراسات السابقة مهم جدًا لأنه يساعد في أخذ فكرة جيّدة عن ما تناوله الباحثون في دراساتهم لهذا الموضوع سواء من الجانب الاجتماعي أو القانوني وأستطيع من خلال هذه الدراسات من تكوين خلفية للموضوع والتحكم أكثر في موضوع بحثي.

ولما بحثت في الكتب والمواقع الالكترونية والجامعات حول ماله علاقة بموضوعي وجدت أن موضوع الخلع قد تناوله الكثير من الكتب الفقهية لكن في أبواب الطلاق بإعتبار الخلع فرع من فروعه وكتب أخرى مثل:

- كتاب أحكام الخلع في الشريعة الإسلامية لعامر سعيد الزيباري.

وكتب قانونية مثل:

- علالي ناجي بلقاسم: الطلاق في المجتمع الجزائري، دار همومه، الجزائر،2013.

- كتاب تقية عبد الفتاح: قضايا شؤون الأسرة من منظور الفقه والتشريع والقضاء ، منشورات تالة ، الجزائر،2011 .

وتعددت الدراسات التي تناولت موضوع الخلع في القانون الجزائري من جوانب مختلفة

- إنهاء الرابطة الزوجية بطلب من الزوجة للباحثة أيت شاوش دليلة تحت إشراف الدكتور جعفر محمد، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، رسالة دكتوراه ، سنة 2014، تطرقت في هذه الدراسة لطرق فك الرابطة الزوجية أي التطليق والخلع في الجانب الفقهي والقانوني وموقف التشريعات العربية.

- دور القاضي في الخلع للباحثة بن جناحي أمينة ، جامعة أمحمد بوقرة بومرداس رسالة ماجستير سنة 2014 هذه الدراسة كانت مقتصرة على دور القاضي وتدخله لفك الرابطة الزوجية عن طريق الخلع.

إشكالية الدراسة :

نظرًا لتضارب الآراء وكثرة النقاشات، إرتأينا القيام بدراسة موضوع الخلع الذي يكتسي أهمية بالغة لأنه موضوع يتعلق بجانب مهم وحيوي من حياة المسلمين من الناحية الإجتماعية والقانونية يمس الأسرة التي هي اللبنة الأساسية للمجتمع خاصة بعد تعديل نص المادة 54 قانون الأسرة الجزائري كل هذا يدعونا إلي طرح الإشكال التالي:

إلى أي مدى وفق المشرع الجزائري في الإهتمام بموضوع الخلع ؟ وماهي الثغرات القانونية التي أغفلها؟ إضافة إلى بعض الأسئلة الفرعية: ماهي أحكام الخلع في قانون الأسرة الجزائري ؟ وماهي الآثار المترتبة عنه ؟ وفيما يتمثل إجراءات التقاضي الخاصة به ؟.

وقد قمنا بتقسيم هذا البحث إلى فصلين تعرضنا في الفصل الأول للطبيعة القانونية للخلع والذي تم تقسيمه بدوره إلى مبحثين يتعلق المبحث الأول بمفهوم الخلع. أما المبحث الثاني تناولنا فيه أركان الخلع.

في حين خصصنا الفصل الثاني لإجراءات السير والتقاضي في دعوى الخلع والذي قسمناه بدوره إلى مبحثين تطرقنا في المبحث الأول إلى إجراءات السير في دعوى الخلع، أما المبحث الثاني فيتعلق بإجراءات التقاضي في دعوى الخلع ثم أنهينا بحثنا بخاتمة تتضمن أهم النتائج المتوصل إليها من الدراسة.

الفصل الأول : ماهية الخلع وشروطه

الفصل الأول : ماهية الخلع

تمهيد:

لقد شرع واضعو قانون الأسرة على منوال الفقه الإسلامي الطلاق علاجا للخلافات الزوجية حتى لا ينفع معه علاج سواه ومن ثم نجد أن الزوجة لم تعد تحت رحمة الزوج الذي يملك حق الطلاق بل فتحوا لها طريق آخر من خلاله تستطيع أن تتخلص من الحياة الزوجية تنفذ منها الى حياة الراحة من زوجة بائسة ويائسة فيسروا لها أن تتفق مع زوجها على الطلاق دون المساس بحقوقها الشرعية وحقوق الأبناء على هذه الفرقة. فتقدم لزوجها مالاً لتفتدي به نفسها عندما لا تطيقه دون إيذاء أو ضرر، هذا ما يطلق عليه فقهًا وقانوناً تسمية المخالعة أو الخلع .

لذا سنتناول في هذا الفصل : معنى الخلع ، تقسيماته ، أنواعه وأسبابه وكذلك نتطرق إلى طبيعته، أركانه وشروطه.

المبحث الأول : مفهوم الخلع

نحاول من خلال هذا البحث الخوض في مفهوم الخلع، بالرجوع إلى أحكام قانون الأسرة و إلى أحكام الشريعة الإسلامية، وهذا من خلال بيان تعريفه لغة وإصطلاحاً (كمطلب أول) ثم بيان التكييف القانوني للخلع وتمييزه عن باقي صور إنحلال الرابطة الزوجية (كمطلب ثاني) .

المطلب الأول : تعريف الخلع

بالرجوع إلى قانون الأسرة الجزائري، نجد أن المشرع تناول الخلع في نص وحيد من دون أن يعطي تعريفاً له، وهو نص المادة 54 منه[1] المعدلة بموجب الأمر 05-02 المعدل والمتمم لقانون الأسرة : " يجوز للزوجة دون موافقة الزوج أن تخالع نفسها بمقابل مالي، إذا لم يتفق الزوجان على المقابل المالي للخلع، يحكم القاضي بما لا يتجاوز قيمة صداق المثل وقت صدور الحكم" .

ولذلك وعملاً بنص المادة 222 من قانون الأسرة الجزائري، فإنه يمكن الرجوع إلى أحكام الشريعة الإسلامية لإيجاد تعريف للخلع. وعليه سوف نورد تعريف الخلع في اللغة (كفرع أول) ثم تعريفه إصطلاحاً(كفرع ثاني) .

[1]- كانت صياغة المادة 54 من قانون الأسرة قبل تعديل 2005 كما يلي : " يجوز للزوجة ان تخالع نفسها من زوجها على مال يتم الإتفاق عليه فإن لم يتفقا على شيء يحكم القاضي بما لا يتجاوز قيمة صداق المثل وقت الحكم " .

الفرع الأول :تعريف الخلع لغة

الخلع في اللغة هو التجريد و الإزالة ، ويقال خلع الشيء يخلعه خلعاً وأختلعه أي نزعه، إلا أن في الخلع مهلة، وسوى بعضهم بين الخلع والنزع، وخلع الثوب والنعل والرداء يخلعه خلعاً بمعنى جرده.

وفي حديث كعب: إن من توبتي أن أنخلع من مالي صدقة أي أخرج منه جميعه وأتصدق به وأعرى منه كما يعرى الإنسان إذا خلع ثوبه.

وخلع إمرأته خلعاً بالضم، وخلاعا فإختلعت وخالعته أي أزالها عن نفسه وطلقها على بدل منها له، فهي خالع ومختلعه [1].

ولقد ورد تعريفه في مدونة الإمام مالك بأنه: " الخلع في اللغة الإزالة والإبانة، من خلع الرجل ثوبه أزاله وأبانه – والزوجان كل منهما لباس لصاحبه– [2].

كما عرفه في فتح القدير بأنه: " هو النزع ، خلع ثوبه ونعله ، ومنه خالعت المرأة زوجها إذا إفتدت منه بمال ، وخالعها وتخالعاً صيغ منها المخالعة ملاحظة لملابسة كل الآخر كالثوب " [3].

1- ابن منظور، لسان العرب ، الطبعة الأولى ، المجلد الثاني ، دار صادر بيروت ، 1997 ، ص 297.
2- الإمام مالك بن أنس الإصبعي ، المدونة الكبرى ، الجزء الرابع ، سنة 1422 ه ، ص 156 .
3- الإمام كمال الدين بن عبد الواحد السيواسي، شرح فتح القدير ، الطبعة الاولى ، دار الكتب العلمية ، بيروت لبنان، سنة 1995 م ، ص 188 .

الفرع الثاني : تعريف الخلع اصطلاحا :

سنتناول في هذا الفرع التعريف القانوني للخلع (أولاً) ثم بيان التعريف الشرعي له (ثانياً) .

أولاً : التعريف القانوني للخلع

لم يعط قانون الأسرة الجزائري تعريفاً محددًا للخلع ولم يبين حتى الأسباب التي تؤدي إليه من خلال ما نص عليه قانون الأسرة الجزائري المعدل بالأمر رقم 02/05 في المادة 54 منه على أنه: " يجوز للزوجة دون موافقة الزوج أن تخالع نفسها بمقابل مالي، إذا لم يتفق الزوجان على المقابل المالي للخلع يحكم القاضي بما لا يتجاوز قيمة صداق المثل وقت صدور الحكم ".

ويتضح من خلال هذه المادة أن المشرع في قانون الأسرة الجزائري بين أن الخلع هو أحقية الزوجة في مخالعة نفسها دون حاجة إلى موافقة الزوج، مقابل مبلغ من المال. وهذا يتفق مع ما قاله الإمام ابن رشد في كتابه " بداية المجتهد ونهاية المقتصد " عندما قال: " والفقه أن الفداء إنما جعل للمرأة في مقابلة ما بيد الرجل من طلاق، فإنما لما جعل الطلاق بيد الرجل إذا فرك المرأة (أي كره المرأة)، جعل الخلع بيد المرأة إذا فركت الرجل (أي كرهته)[1] .

ثانياً : التعريف الشرعي للخلع

عرف الفقهاء الخلع شرعًا بتعريفات شتى حسب نظرة وتصور كل مذهب لمسألة الخلع، وسنتعرض لبعض هذه الآراء فيما يلي :

[1] باديس ديابي : صور فك الرابطة الزوجية على ضوء القانون والقضاء في الجزائر، الطبعة 2007، دار الهدى، عين مليلة، ص 60

1- تعريف الخلع عند المالكية :

عرف بعض المالكية الخلع بأنه طلاق بعوض وقولهم " بعوض"، أي معاوضة فلو أحال عليها الزوج فماتت أخذ من تركتها أو أتبعت به[1]

2- تعريف الخلع عند الحنفية :

عرف فقهاء الحنفية الخلع بأنه: " إزالة ملك النكاح المتوقفة على قبولها – الزوجة – بلفظ الخلع أو ما في معناه[2].

وقد خرج بقوله " ملك النكاح" الخلع في النكاح الفاسد، وبعد البيونة والردة.

وخرج بقوله " المتوقفة على قبولها " ما لو قال لها : خلعتك وهو ينوي الطلاق ، فإنه يقع بائنا غير مسقط الحقوق.

وخرج بقوله " بلفظ الخلع" الطلاق على مال .

وزاد قوله " أو ما في معناه " ليدخل لفظ المبارأة أو المفارقة والمباينة فكلها من الفاظ الخلع.

وأفاد التعريف صحة خلع المطلقة رجعيا، لكون ملك النكاح مازال باقيا عند المطلقة رجعيا [3].

3- تعريف الخلع عند الشافعية :

عرف فقهاء الشافعية الخلع بأنه: " هو فرقة بعوض مقصود بلفظ طلاق أو خلع راجع لجهة الزوج [4].

قوله " فرقة " أي بلفظ طلاق سواء كان صريحاً أو كناية.

---

[1] سلطان بن محمد بن دعيلج ، دعوى الخلع في القضاء السعودي ، دراسة تطبيقية ، رسالة ماجيستر، في قسم العدالة الجنائية ، تخصص التشريع الجنائي، جامعة نايف العربية للعلوم الأمنية ، كلية الدراسات العليا ، الرياض 1434ه/2013م ، ص 35 .

[2]- ابن نجيم ، البحر الرائق ، الجزء 4 ص 77 ، مشار إليه في كتاب عامر سعيد الزيباري ، أحكام الخلع في الشريعة الإسلامية ، الطبعة الأولى ، دار ابن حزم ، بيروت ، 1997 ، ص 49 .

[3]- ابن عابدين ، حاشية رد المختار ، الجزء الثالث ، ص 439 ، مشار إيه في كتاب عامر سعيد الزيباري ، مرجع سابق ص 50 .

[4] - ابن شهاب الدين الرملي ، شمس الدين أبن أبي العباس أحمد بن حمزة المنوفي المصري الأنصاري المشهور بالشافعي الصغير : نهاية المحتاج للرملي ، الجزء الثاني ، ص 393 ، مشار إليه في كتاب عامر سعيد الزيباري ، مرجع سابق ص 50 .

قوله " أو خلع" المراد به لفظه وما في معناه كالمبارأة والمفاداة.

قوله " بعوض " قيد أول ، لان الفرقة اذا خلت من العوض كان طلاقا رجعياً.

وقوله " لجهة الزوج" قيد ثاني لأن العوض إنما يكون للزوج أو سيده، وقوله " مقصود " أي ذو منفعة تقصد منه ولو كمنفعة تعليم القرآن، وخرج بهذا القيد الأعواض التي لا منفعة فيها مقصودة كالحشرات الضارة مثلاً [1].

4- تعريف الخلع عند الحنابلة :

عرف فقهاء الحنابلة الخلع بأنه: " فراق الزوج لزوجته على عوض منها أو من غيرها بألفاظ مخصوصة[2].

يعني فراق الزوج لزوجته بعوض يأخذه منها زوجها بألفاظ معينة وهي قسمان :

1- صريحة في الخلع : كالمفاداة والخلع والفسخ .

2- كناية في الخلع : المبارأة والمباينة والمفارقة [3].

فالخلع إذا بإتفاق الفقهاء طلاق بعوض – أي حل رباط الزوجية – أو ما في معناه نظير عوض [4].

وعرف الخلع شرعاً بأنه : " إزالة ملك النكاح الصحيح بلفظ الخلع أو بما في معناه كالمبارأة في مقابل بدل مع قبول الزوجة" [5].

وعليه تشترك تعريفات الفقهاء الأربعة فيما يلي :

---

[1] - حاشية الشرقاوي : على التحرير الجزء الثاني ، ص 287 ، شرح البهجة ، زكريا الأنصاري الجزء الثاني ، ص 266 ، مشار اليه في كتاب عامر سعيد الزيباري ، ص 50،51.

[2] - عبد الله بن محمد بن سعد أل خنين : الخلع بطلب الزوجة لعدم الوئام مع زوجها ، الطبعة الأولى ، دار ابن فرحون، الرياض ، 2010 ، ص 19 .

[3] - المغني لابن قدامة الجزء السابع ، ص 67 ، مشار إليه في كتاب عامر سعيد الزيباري ، مرجع سابق ص 51 .

[4] - أحمد نصر الجندي ، شرح قانون الأسرة الجزائري ، دار الكتب القانونية "مصر" 2009 ، ص 127.

[5] - بدران ابو العينين بدران ، الفقه المقارن للأحوال الشخصية بين المذاهب الأربعة السنية والمذهب الجعفري والقانون " الزواج والطلاق" دار النهضة العربية "بيروت" ، ص 391-392.

أ- أن الخلع لابد فيه من عوض :

فالخلع مفارقة بين الزوجين على عوض يأخذه الزوج من المرأة أو من غيرها، وبدا يفرق عن الطلاق الذي يحصل به إنحلال عقد الزوجية من غير عوض.

ب- ان الخلع لابد فيه من صيغة :

فالخلع عند الجمهور يكون بلفظ الخلع أو ما كان بمعناه مما يدل على فراق الزوج زوجته على بدل .

ج- ان الخلع عقد رضائي بين الطرفين :

فلا بد فيه من الإتفاق بين الزوج وملتزم العوض من الزوجة أو غيرها، فلا يجبر الزوج عليه، كما لا تجبر الزوجة على دفع العوض فيه، فهو بذلك كسائر العقود الرضائية التي لا تتم إلا بالإيجاب والقبول الرضائي، لكن لو إلتزم بالعوض أجنبي وخلعها الزوج عليه صح، وبانت الزوجة ، ولزم الأجنبي العوض، لأنه يجوز للزوج طلاق المرأة إبتداء بغير عوض، فجازت مفارقتها بعوض يبذله الأجنبي.

د- اثر الخلع وانه فراق :

بالخلع تحصل الفرقة بين الزوجين، فهو فرقة من فرق النكاح التي يحصل بها إنحلال عقد النكاح وإنهاؤه بحيث يصير الزوجان بعده أجنبيين لا علاقة زوجية بينهما [1].

[1] -عبد الله بن محمد بن سعد آل خنين ، مرجع سابق ، ص 19-21.

وبالنظر إلى التعريفات السابقة نجد أنها تكون مجتمعة في معنى واحد، ومتفقة على أن الخلع من قبل الزوجة يكون بمعاوضة [1]. تدفعها للزوج مقابل مفارقتها له، وهو ما أخذ به المشرع الجزائري في قانون الأسرة في المادة 54 المعدلة بالأمر 02/05.

المطلب الثاني : التكييف القانوني للخلع وتمييزه عن بعض صور إنحلال الرابطة الزوجية

إذا كان الخلع طريقاً من طرق فك الرابطة الزوجية تلجأ إليه الزوجة للتخلص من رابطة زوجية لا تريدها، هذا يدفعنا للبحث في تمييز الخلع عن غيره من طرق إنحلال الرابطة الزوجية، لكن قبل ذالك لابد من الوقوف عند التكييف القانوني للخلع في الفرع الأول إلى جانب الفرق بين الخلع وبعض حالات الإنحلال الأخرى في الفرع الثاني.

الفرع الأول : التكييف القانوني للخلع بين الفسخ والطلاق

نظراً لما يرافق الخلع من عوض، وما إشترط بعض الفقهاء فيه أن يكون لدى القاضي وأنه يكون بطلب من الزوجة، كل هذا كان سبب الإختلاف بين الفقهاء حول طبيعة هذه الفرقة ، وفي هذا الصدد سنبين الإختلاف الفقهي حول إعتبار الخلع طلاقاً أم فسخاً (أولاً) وموقف المشرع الجزائري من إعتبار الخلع طلاق أم فسخ (ثانياً).

أولاً : الإختلاف الفقهي حول إعتبار الخلع طلاق أم فسخ

إنقسمت الآراء الفقهية إلى إتجاهين، فهناك إتجاه يرى أن الخلع فسخ للنكاح وإتجاه آخر يرى بأن الخلع يقع به طلاق بائن، فما ثمرة الخلاف وما فائدته ؟.

---

[2] - الخلع نوعان :

1- خلع بعوض : كأن قال مثلا : خالعتك على كذا وذكر العوض واسم الخلع يقع عليهما .

2- خلع بغير عوض : مثل من قال لإمرأته خالعتك ولم يذكر العوض فإن نوى به الطلاق كان طلاقاً وإلا فلا ، لأنه من كنايات الطلاق على رأي أبي حنيفة وأصحابه ، فإن نوى به ثلاثا كان ثلاثا، وإن نوى به إثنتين فهن واحدة على رأي أصحاب المذهب الحنفي، ربيحة إلغات ، التفريق بين الزوجين ، دراسة نموذجية للخلع والظهار والإيلاء – رسالة ماجيستر حقوق وعلوم قانونية وإدارية – جامعة الجزائر ، 1997-1998 ، ص 40 .

1/ الإتجاه القائل بأن الخلع فسخ :

وهو رواية عن أحمد بن حنبل والشافعي في أحد أقواله، وقول إبن عباس وعكرمة وإسحاق وطاووس وأبو ثور، وإستدلوا بالكتاب والسنة.

أ/ من الكتاب :

قوله تعالى : " الطلاق مرتان فإمساك بمعروف أو تسريح بإحسان ولا يحل لكم أن تأخذوا مما أتيتموهن شيئاً إلا أن يخافا ألا يقيما حدود الله فإن خفتم ألا يقيما حدود الله فلا جناح عليهما فيما افتدت به " صدق الله العظيم [1].

وقوله تعالى : " فإن طلقها فلا تحل له من بعد حتى تنكح زوجا غيره فإن طلقها فلا جناح عليهما أن يتراجعا إن ظنا أن يقيما حدود الله وتلك حدود الله يبينها لقوم يعلمون " صدق الله العظيم [2].

ووجه الإستدلال أن الله تعالى عندما ذكر الطلاق ذكره مرتين " الطلاق مرتان " ثم ذكر بعده الإفتداء " فلا جناح عليهما فيما إفتدت به " ثم ذكر الطلقة الثالثة " فإن طلقها فلا تحل له من بعد حتى تنكح زوجا غيره " فلو كان الخلع طلاقًا، لكان عدد الطلقات هنا حسب ما ورد في الآية الكريمة أربعاً، وهذا غير صحيح لأن الطلاق مرتان تحل بعدهما المرأة لزوجها، أما الطلقة الثالثة فلا تحل له حتى تتزوج زوجا آخر،فإن هو دخل بها دخولاً شرعياً ثم طلقها فتحل لزوجها الأول[3] .

[1] - الآية 229 من سورة البقرة .
[2] - الآية 230 من سورة البقرة .
[3] - منال محمد المشني : الخلع في قانون الأحوال الشخصية أحكامه وآثاره – دراسة مقارنة بين الشريعة والقانون-، الطبعة الأولى ، دار الثقافة ، الأردن ، 2008 ص 64 .

ب/ من السنة النبوية الشريفة :

وإستدلوا من السنة النبوية أنه فسخ عندما أمر النبي صلى الله عليه وسلم ثابت بن قيس بن شماس أن يطلق إمرأته وأمرها أن تعتد بحيضة واحدة، وهذا دليل آخر على أنه فسخ لا طلاق، فلو كان طلاقاً لأمرها أن تعد ثلاث حيضات[1] ، لقوله تعالى : " والمطلقات يتربصن بأنفسهن ثلاثة قروء ... " [2].

وإستدلوا برواية عن إبن عباس أن إبراهيم بن سعد بن أبي وقاص سأل النبي صلى الله عليه وسلم فقال : رجل طلق إمرأته تطليقتين ثم إختلعت منه أيتزوجها ؟ قال صلى الله عليه وسلم " نعم لينكحها ليس الخلع بطلاق " وذكر الله الطلاق في أول آية وآخرها والخلع فيما بين ذلك، فليس الخلع بشيء [3].

وروى نافع مولى عن عمر أنه سمع الربيع بن معوذ ابن عفراء تخبر ابن عمر أنها إختلعت من زوجها على عهد عثمان بن عفان، فجاء عمها إلى عثمان بن عفان، فقال : أن إبنة معوذ إختلعت اليوم أفتنتقل؟ فقال عثمان: " لتنتقل ولا ميراث بينهما ولا عدة عليها إلا أنها لا تنكح حتى تحيض حيضة خشية أن يكون بها حبل " فقال ابن عمر " عثمان خبرنا وأعلمنا [4].

كما يجوز وقوع الخلع في الحيض، فلو كان طلاقاً لم يصح وقوع الخلع فيه، فقد أجازه الرسول صلى الله عليه وسلم بينما أمر الذي طلق في الحيض بمراجعة زوجته .

---

[1] - أمينة بن جناحي : دور القاضي في الخلع – دراسة في الفقه والقانون والاجتهاد القضائي – رسالة ماجستر في الحقوق والعلوم السياسية فرع عقود ومسؤولية ، جامعة محمد بوقرة ، بومرداس الجزائر ، 2014، ص 29 .

[2] - الآية 228 من سورة البقرة .

[3]- أبي عبد الله محمد بن أحمد الأنصاري القرطبي : الجامع لأحكام القرآن ، الجزء الثالث ، المجلد الاول ، دار الفكر للطباعة ص 133-134.

[4]- ابن همام : شرح فتح القدير ، ص 190-191 ، مشار إليه عند أمينة بن جناحي ، مرجع سابق ، ص 29.

وإستندوا كذلك أنه لو كان طلاقاً لصحت الرجعة فيه بعد الطلقة الأولى والثانية فلما لم تصح الرجعة فيه، دل على أنه فسخ وليس طلاقا [1].

2/ الاتجاه القائل بأن الخلع طلاق :

قال جمهور الفقهاء ومنهم المالكية والأحناف أن الخلع يقع به الطلاق بائناً، وإستدلوا بقوله تعالى : " الطلاق مرتان فإمساك بمعروف أو تسريح بإحسان " وقوله تعالى أيضا : " فإن خفتم ألا يقيما حدود الله فلا جناح عليهما فيما إفتدت به ... " ثم قال الله تعالى " فإن طلقها فلا تحل له من بعد حتى تنكح زوجا غيره " ووجه الدلالة أن الله سبحانه وتعالى ذكر الخلع بين طلاقين فعلم أنه ملحق بهما [2].

و إستدلوا كذلك من السنة بما رواه البخاري في صحيحه، عن عكرمة ابن عباس رضي الله عنهما أن إمرأة ثابت بن قيس أتت النبي صلى الله عليه وسلم فقالت " يا رسول الله ثابت بن قيس ما أعتب عليه في خلق ولا دين ولكني أكره الكفر في الإسلام " فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم " أتردين عليه حديقته " فقالت نعم، فقال الرسول صلى الله عليه وسلم : " أقبل الحديقة وطلقها تطليقة " فقد جعله الرسول صلى الله عليه وسلم طلاقاً حيث قال لثابت بن قيس اقبل الحديقة وطلقها تطليقة، فهذا دّل أن الخلع طلاق.

وإستدلوا بالمعقول بأن الزوج أخذ العوض على ما يملكه والذي يملكه الطلاق دون الفسخ [3].

---

[1] - بلبولة بختة : أثر فكرة التعسف في إستعمال الحق على الزواج وإنحلاله، رسالة ماجستير، فرع عقود ومسؤولية ، كلية الحقوق بن عكنون، جامعة الجزائر، سنة 2005 .

[2]- جمال عبد الوهاب عبد الغفار الهلفي : الخلع في الشريعة الاسلامية ، دراسة فقهية مقارنة ، دار الجامعة الجديدة للنشر ، الإسكندرية، مصر، 2003 ، ص 111-112.

[1]- جلال الدين السيوطي، سنن النسائي، الجزء الخامس، دار الفكر بيروت، ص 168.

3/ ثمرة الخلاف وفائدته : وتظهر ثمرة هذا الإختلاف بين الفقهاء وفائدته في النقاط التالية :

أ/ من قال بان الخلع فسخ : فإن للرجل المخالع أن يعيدها بعقد نكاح ومهر جديدين وإن تكرر منه الخلع، لأن الفسخ لا ينقص من عدد الطلقات التي يملكها الزوج على زوجته وعلى هذا فهي تعود إليه بعد نكاح جديد بما كان يملكه عليها قبل الخلع.

أما إذا قلنا أن الخلع طلاق بائن فإنه ينقص من عدد الطلقات التي يملكها الزوج عليها:

– إن كان قد طلقها واحدة، ثم خالعها، ثم عقد نكاح جديد عليها، فإنها تعود إليه وهو يملك عليها طلقة واحدة فقط .

– إن لم يكن قد طلقها قبل الخلع، ثم خالعها، ثم أعادها بعقد نكاح جديد فإنها تعود اليه وهو يملك عليها تطليقتين، لأن مخالعته لها قد أعتبرت تطليقة بائنة أنقص من عدد الطلقات الثلاث التي كان يملكها واحدة فبقيت له عليها طلقتان، فتعود إليه وهو يملك عليها طلقتين.

ب / إن الفرقة التي هي طلاق إذا كانت قبل الدخول أو الخلوة الصحيحة، توجب للزوجة نصف المهر أو المتعة، أما الفرقة التي هي فسخ إذا وقعت قبلها، فلا توجب لها أي شيء سواء كانت من جانب الزوج أو الزوجة. [1]

ج / معظم الذين جعلوا الخلع طلاقاً، قالوا أن عدة المختلعة هي عدة الطلاق، ومن جعلوه فسخاً قالوا بأن عدة المختلعة حيضة إلا الإمام بن حنبل الذي قال أن عدة المختلعة ثلاث حيضات رغم كون الخلع فسخاً[2] .

[1] جلال الدين السيوطي، **سنن النسائي**، الجزء الخامس، دار الفكر بيروت، ص 168.
[1] - باديس ديابي ، المرجع السابق ص 68-69.

ثانياً : موقف المشرع الجزائري من إعتبار الخلع طلاق أم فسخ

فيما يتعلق بالخلع من حيث أنه فسخ أم طلاق، فإن المشرع الجزائري إعتمد على الموقف القائل بأن الخلع طلاقا لا فسخ، وذلك واضح من خلال الترتيب الذي جاء به المشرع في قانون الأسرة الجزائري، بحيث خصص المشرع الجزائري في الفصل الثالث الفسخ تحت عنوان " النكاح الفاسد والباطل " وذلك من خلال المادة 32 إلى غاية المادة 35 منه.

كما ورد الطلاق من الباب الثاني تحت عنوان " إنحلال الزواج وذلك في المادة 47 منه والتي تنص على : " تنحل الرابطة الزوجية بالطلاق أو الوفاة ".[1]

ثم تطرق لطرق إنحلال الرابطة الزوجية من خلال المادة 48 من الفصل الأول من قانون الأسرة المعنون بالطلاق والتي تنص : " مع مراعاة أحكام المادة 49 أدناه يحل عقد الزواج بالطلاق الذي يتم بإرادة الزوج أو بتراضي الزوجين أو بطلب من الزوجة في حدود ما ورد في المادتين 53 و54 من هذا القانون " .

ونجد أن المادة 54 التي تعرضت للخلع كصورة من صور فك الرابطة الزوجية موجودة في خانة الفصل الخاص بالطلاق، وهو يؤكد التأثر الواضح وتبني المشرع الجزائري للرأي القائل بأن الخلع طلاق لا فسخ .

ويكون في ذلك مصيباً، لأن الفسخ في مفهوم المشرع الجزائري يكون في حالة وجود عيب يشوب العقد، ويتمثل أساساً في إختلال أحد أركان العقد وإشتماله على مانع أو شرط يتنافى ومقتضياته، وبينما الأمر يختلف عليه في الخلع، إذ يرد على علاقة زوجية صحيحة لم يعتريها

[1] احمد شامي : قانون الأسرة الجزائري طبقا لأحدث التعديلات، دراسة فقهية ونقدية مقارنة، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 2010 ، ص 221-222.

أي عارض يعيب العقد، وإنما يتعلق الأمر بظهور عناصر خارجية وظروف خارجة عن العقد تستهدف حل الرابطة الزوجية [1].

الفرع الثاني : المقارنة بين الخلع وبعض حالات إنحلال الرابطة الزوجية

نحاول من خلال هذا الفرع بيان أوجه التشابه والإختلاف بين الخلع وغيره من طرق إنحلال الزواج ونركز على التطليق والطلاق على مال.

أولاً : المقارنة بين الخلع والتطليق : نص المشرع على التطليق في المادة 53 من قانون الأسرة، ومن ثم فإن الخلع والتطليق طريقان متمايزان، ونبين فيما يلي أوجه الإتفاق والإختلاف بينهما :

1/ أوجه الإتفاق بين الخلع والتطليق :

يتفق الخلع مع التطليق على النحو الآتي :

– يتفق الخلع والتطليق في أن الفرقة بمبادرة من الزوجة، حيث أقرت الشريعة الإسلامية للزوجة الحق في طلب المفارقة سواء عن طريق الخلع[2] أو التطليق وما جاء في قانون الأسرة الجزائري 11/84 المعدل والمتمم بالأمر 02/05 وذلك في نص المادتين 53–54 منه فأوجب المشرع على القاضي أن يستجيب لطلب الزوجة في المفارقة والعمل على إنصافها طبقا لما تقرره العدالة.

[1] - سليم سعدي : الخلع بين أحكام تشريع الأسرة والإجتهاد القضائي ، رسالة ماجستير فرع عقود ومسؤولية ، كلية الحقوق والعلوم الإدارية، جامعة الجزائر، ص 53-54.

[2]- يحق لأحد الزوجين اللجوء إلى الحاكم أو القاضي عند فشله في الحصول على الخلع إتفاقا الأمر الذي يؤكده تكرار الله عز وجل لكمة الخوف بالجمع " خفتم " في الآية الكريمة : " فإن خفتم الا يقيما الله فلا جناح عليهما فيما افتقدت به تلك حدود الله فلا تعتدوها ومن يتعدى حدود الله فأولئك هم الظالمون " سلطان بن محمد بن دعيلج ، مرجع سابق ص 41.

– ووجه الإتفاق أيضا بين الخلع والتطليق في أن الفرقة بين الزوجين تتم بحكم قضائي، فإذا رفعت الزوجة أمرها إلى القضاء تطلب الخلع من زوجها حكم لها بالفرقة دون حاجة إلى موافقته، وكذلك نفس الحال في التطليق إذا أثبتت الزوجة الضرر الحاصل لها من زوجها طبقا لنص المادة 53 من قانون الأسرة المعدل بالأمر 02/05.

– نفقة الأطفال واجبة على الزوج في حالة التطليق أما في الخلع فقط تسقط إذا كان هناك إتفاق بين الزوجين على أن يكون العوض هو إلتزام الزوجة بالنفقة على الأولاد .

– كما يتفق الخلع والتطليق في أن الفرقة فيهما طلاق بائن وفقا للقاعدة الفقهية " الطلاق الذي يوقعه القاضي طلاق بائن " حيث يترتب على التطليق والخلع أن تحتفظ الزوجة بنفقة العدة ولا يجوز التوارث بينهما.

– كما يتفقان في أن الأحكام الصادرة في التطليق والخلع غير قابلة للإستئناف إلا ما يتعلق بالجانب المادي، طبقا لنص المادة 57 من قانون الأسرة الجزائري [1].

ب/ أوجه الإختلاف :

يختلف الخلع عن التطليق على النحو التالي :

الخلع يسقط كل حق ثابت لأحد الزوجين على الزوج الأخر ماعدا تلك التي أنشأت بعد الفرقة فيسقط الحق في المهر المؤجل وفي النفقة الغذائية بخلاف التطليق حيث تحتفظ الزوجة بحقها في طلب النفقة.

[1] - سليم سعدي ، مرجع سابق ، ص 40.

– من حيث الأسباب : ينبني التطليق على أسباب مادية محضة ذكرتها المادة 53 من قانون الأسرة المعدلة وهي :

" يجوز للزوجة أن تطلب التطليق للأسباب التالية :

1- عدم الإنفاق بعد صدور الحكم بوجوبه ما لم تكن عالمة بإعساره وقت الزواج، مع مراعاة المواد 78 و79 و80 من هذا القانون.

2- العيوب التي تحول دون تحقيق الهدف من الزواج .

3- الهجر في المضجع فوق أربعة أشهر.

4- الحكم على الزوج عن جريمة فيه مساس بشرف الأسرة وتستحيل معها مواصلة العشرة والحياة الزوجية.

5- الغيبة بعد مرور سنة بدون عذر ولا نفقة.

6- مخالفة الأحكام الواردة في المادة 8 أعلاه .

7- إرتكاب فاحشة مبينة.

8- الشقاق المستمر بين الزوجين.

9- مخالفة الشروط المتفق عليها في عقد الزواج.

10- كل ضرر معتبر شرعا.

بينما الخلع سببه ذاتي ومعنوي يكمن في بغض الزوجة لزوجها، وعدم رغبتها في العيش معه، فهذا السبب كاف في حقها في طلب الفرقة، فهي غير ملزمة بإثبات هذا البغض والكراهية [1] ، إلا أن ذلك لا يستقيم من الناحية الشرعية فإذا كان الخلع من حقوق الزوجة تفتدي نفسها من رباط الزوجية فهو ليس على الإطلاق بل هناك أسباب :

– **الشقاق والضرر** : قالت طائفة كثيرة من أئمة الخلف انه لا يجوز الخلع إلا أن يكون الشقاق من جانب المرأة، فيجوز للرجل حينئذ قبول الفدية وهذا في قوله تعالى : " ولا يحل لكم أن تأخذوا مما أتيتموهن شيئا إلا أن يخافا ألا يقيما حدود الله فلا جناح عليهما فيما افتدت به تلك حدود الله فلا تعتدوها ومن يتعدى حدود الله فأولئك الظالمون " [2]

ويحقق نشوز الزوجة بتوفر المعاشرة بالمعروف من ناحية الرجل لقوله تعالى : " يا أيها الذين أمنوا لا يحل لكم أن ترثوا النساء كرها ولا تعضلوهن لتذهبوا ببعض ما أتيتموهن الا ان ياتين بفاحشة مبينة وعاشروهن بالمعروف فان كرهتموهن فعسى أن تكرهوا شيئا ويجعل الله فيه خيراً كثيرا " [3] .

وقد يكون النشوز من جانب الرجل فالرجل قد يحصل منه النشوز والأعراض عن الزوجة لأسباب راجعة إليها لمرضها مرضا مزمنا أو لدمامتها وقلة جمالها ولأسباب أخرى.

[1]- سليم سعدي ، مرجع سابق، ص 41-42.
[2]سورة البقرة الآية 229
[2] سورة النساء الآية 19.

- **إتيان الزوجة بفاحشة مبينة:** فإذا إرتكبت الزوجة فاحشة الزنا فللزوج أن يسترجع منها الصداق، الذي أعطاه إياها[1] ، قال الله تعالى: " الطلاق مرتان فإمساك بمعروف أو تصريح بإحسان ولا يحل لكم أن تأخذوا مما أتيتموهن شيئا إلا أن يخافا ألا يقيما حدود الله [2]

كما أنه بالرجوع إلى أحكام الشريعة الإسلامية ومما ثبت من الأحاديث النبوية الشريفة يمكن إجمال أسباب طلب الزوجة للخلع فيما يلي :

- **خشية المرأة من تقصيرها في حقوق زوجها:** وذلك ظاهر مما ورد من قول المرأة في زوجها "ثابت بن قيس": "ما أعتب عليه في خلق ولا دين ولكني أكره الكفر في الإسلام"، فهي تخشى كفران العشير والتقصير فيما يجب له وخافت أن تأتي بما تؤثم به.

- **عدم إطاقة المرأة زوجها:** وذلك ظاهر مما جاء في قول الزوجة:" يا رسول الله إني لا أعتب على ثابت في دين ولا خلق ولكني لا أطيقه"، أي أنها لا تطيق معاشرته.

- **كراهية الزوجة زوجها:** وقد جاء في قصة جميلة بنت سلول قولها : "لا أطيقه بغضا" فهي تخبر بأنه قد إستقر بغضه في نفسها.

- **دمامة خلق الزوج:** قد جاء في قصة حبيبة بنت سهل:"كانت حبيبة بنت سهل تحت ثابت بن قيس بن شماس وكأن رجلا دميما فقالت:يا رسول الله ، والله لولا مخافة الله لدخل علي لبصقت قي وجهه".

[3]- سلطان بن محمد دعيلج ، مرجع سابق ص 30-32.
[4]- سورة البقرة الآية 229.

– **شدة الزوج وجفاؤه في معاملة زوجته:** وقد جاء ذلك مصرحا به في حديث حبيبة بنت سهل رضى الله عنها "أن ثابت بن قيس بن شماس ضرب امرأته فكسر يدها " [1] .

ثانيا: المقاربة بين الخلع والطلاق على مال:

لم ينص المشرع الجزائري على فكرة الطلاق على مال في قانون الأسرة الجزائري المعدل بالأمر 02/05 مكتفيا بالنص على الخلع كنوع من أنواع الطلاق على مال في قانون الأسرة الجزائري المعدل بالأمر 05/02 ونورد فيما يلي أوجه الإتفاق والإختلاف بينهما:

أ/ أوجه الإتفاق:

يتفق الخلع مع الطلاق على مال على النحو الآتي :

– أنه لابد من قبول المرأة في كليهما لأن كلا من الخلع والطلاق على مال معاوضة والمعاوضة لابد فيها من قبول من يلتزم بدفع العوض فإن وجه القبول وقع الطلاق و ألزم البدل للزوجة و إن لم يكن قبولا فلا يقع الطلاق ويلزم البدل.

– تقع الفرقة في الخلع أو الطلاق على مال طلاقا بائنا من غير قبول الزوجة دفع البدل لأن الزوجة تتحمل دفعه للتخلص من الزوج ولا خلاص لها إلا بأن يكون الطلاق بائنا ولو كان رجعيا وإنفصلت من سلطات الزوج إلا بعد إنقضاء العدة لأنه في أثناء العدة يملك مراجعتها [2]

ب/ أوجه الاختلاف:

يختلف الخلع عن الطلاق على مال على النحو الآتي:

---

[1]- عبد الله بن محمد بن سعد آل ختين، مرجع سابق، ص37— 49.

[2]- طاهري حسين: **الأوسط في شرح قانون الأسرة الجزائري مدعما باجتهادات المحكمة العليا والمذاهب الفقهية**، الطبعة الأولى، دار الخلدونية، الجزائر، 2009 ،ص 137

– الخلع تكون صيغته لفظ الخلع أو ما في معناه أما الطلاق على مال فإن صيغته لفظ الطلاق أو ما في معناه، كقول الرجل لزوجته طلقتك على مبلغ كذا. أو إبنتك في مقابل كذا.

إذا بطل البدل في الخلع بأن لم يكن مالا متقوما كالخمر و الخنزير مثلا وقع الطلاق بائنا، أما في الطلاق على مال إذا بطل البدل وقع الطلاق رجعيا، لأن لفظ الطلاق يكون صريحا في الطلاق على مال فيقع به طلقة رجعية أما لفظ الخلع فهو كناية في الطلاق و ليس صريحا فيقع به الطلاق بائنا.

– أن الخلع يسقط كل حق ثابت لأحد الزوجين قبل الطرف الآخر إذا تم، أما الطلاق على مال فإنه لا يسقط أي حق من الحقوق الثابتة لأحد الزوجين على الزوج الأخر إلا ما إتفق الزوجان على سقوطه مقابل الخلع[1]

– الطلاق على مال إتفق الفقهاء، على أنه يقع به طلاق بائن فينقضي به عدد الطلقات التي يملكها الزوج على زوجته، أما الخلع فقد إختلف فيه الفقهاء هل هو فسخ أم طلاق، فقال الحنابلة أنه فسخا لعقد الزواج فلا ينقص به عدد الطلقات التي يملكها الزوج على زوجته فإذا أعادها إلى عصمته يكون ذلك بعقد جديد وترجع إليه ما كان يملكه عليها من الطلقات، وذهب الحنفية إلى إعتباره طلاق تنقضي به عدد الطلقات [2].

[1] بدران أبو العنين بدران، مرجع سابق، ص 411-412.
[2] أحمد محمود خليل: عقد الزواج العرفي، أركانه وشروطه وأحكامه، دار الكتب القانونية، 2006، ص99- 100.

المبحث الثاني : أركان الخلع

سنبين في هذا المبحث أركان الخلع كالآتي :

المطلب الأول : طرفي الخلع

المقصود بالركن ما يتوقف الشيء على وجوده ، وكان جزءا من حقيقته ، وأركان الخلع عند جمهور الفقهاء، ما عدا الحنفية الخمسة [1]

فالحنفية يرون أن أركان الخلع هي الإيجاب والقبول ويصح أن يكون الإيجاب من الزوج أو الزوجة، ويكون القبول من الطرف الثاني. أما الجمهور فيرون أن الأركان الخمسة، وهي الموجب ، القابل ، العوض ، المعوض والصيغة[2].

والجدير بنا ذكره في موضوع أركان الخلع أن هناك من أطلق عليها عبارة اركان ، وهناك من سماها شروطا ، لذا إرتأينا وصفها بالأركان لأهميتها ولأنها تدخل لا في حقيقة الخلع الذي لا يصح إلا بها.

الفرع الاول : الزوج المخالع

ذهب جمهور الفقهاء إلى أن الزوج ركن من أركان الخلع لهذا لابد أن يكون ممن يصح طلاقه أي أن يكون أهلا للطلاق فمن لا يصح طلاقه لا يصح خلعه، ويرى المالكية أنه يشترط في الزوج المخالع الشروط التي تشترط في الطلاق ، ومنها أن يكون مسلما ومكلفا، فلا يصح خلع الصبي، المجنون، ويصح حسبهم خلع الأب والوصي للغير أو المجنون لزوجيتهما بشرط أن يكون الخلع في مصلحتهما .[3]

---

[1] عبد الرحمان الجزيري، الفقه على المذاهب الأربعة ، المكتبة العصرية، بيروت، 2004 ، ص 995.
[2] - وهبة الزحيلي، المرجع السابق، ص 485.
[3]- محمد زيد الأبياني، الأحوال الشخصية ، مكتبة سيد عبد الله وهبة، القاهرة، ص 253.

كما لا يقع خلع السكران، والهازل، ولا يقع خلع المكره عند جمهور الفقهاء، ولم يجز أبو حنيفة، والشافعي، وأحمد خلع الأب لزوجة الابن الصغير والمجنون، ولا طلاقهما فمن لا يجوز أن يطلق على الصغير، والمجنون لا يجوز أن يخالع عليهما[1] .

غير أنه إذا كان المخالع مريضا مرض الموت وقت الخلع ثم توفي قبل أن يبرأ لم ترثه زوجته، ولو كانت وفاته أثناء عدتها عند الحنفية، والشافعية، والحنابلة وترثه عند المالكية إذا توفي في مرضه الذي خالعها فيه سواء أكانت وفاته في أثناء عدتها أم بعد إنتهائها، وسواء أتزوجت بغيره أم لم نتزوج، وذلك لإقدام الزوج على ما يتسبب عنه إخراج وارث من تركة كان له فيها حق، وذلك غير جائز، والمدخول بها وغير المدخول بها في هذا الحكم سوا ء، أما الزوج فلا يرث زوجته المختلعة عند الجميع لأنه هو الذي أسقط ما كان له من حق.

واذا أقر المخالع لمن خلعها في مرض الموت بمال، أو أوصى لها بوصية نفذ ذلك في ثلث تركته عند الحنفية، والشافعية لصيرورتها أجنبية عنه بالخلع، وذهب الحنابلة إلى أن ذلك إنما ينفذ في حدود إرثها منه،ف ما زاد عليه لا تعطاه إلا بإجازة الورثة إذ قد يتخذ ذلك وسيلة لزيادة ما تأخذه من تركته" [2].

الفرع الثاني: الزوجة المختلعة

أجمع الفقهاء على أن الزوجة ركن من أركان الخلع يشترط أن تكون في زواج صحيح شرعي، وإذا كانت هي التي تجري – الخلع بنفسها فيشترط فيها البلوغ ، والعقل والرشد بمعنى أن تكون آهلا للتبرع، وشرط الزواج الشرعي أمر لازم لأن الزوجة فيه تطلب خلاصها من قيد الزوجية،

4 - وهبة الزحيلي، المرجع السابق، ص491.
2- الشيخ علي الخفيف، **فرق الزواج في المذاهب الإسلامية** ، دار الفكر العربي، 2008 ،ص672.

ولذلك خرج النكاح الفاسد من الخلع لأن المرأة لا تعتبر زوجة في النكاح الفاسد كما أنها ليست طرفا في عقد زواج شرعي.

أولا: مخالعة المرأة المعتدة

1. المعتدة من طلاق رجعي :

هذه المعتدة بإتفاق الفقهاء زوجة حكما وهى في عدة هذا الإتفاق، ولذلك تجوز مخالعتها في العدة، ولذلك يقول الأحناف أن لزوجها أن يطلقها على جعل بعد الطلاق الرجعي ما دامت في عدتها، ولزمها الجعل متى إتفقا على ذلك، وهذا ما ذهب إليه الشافعية والمالكية، والحنابلة.

2. المعتدة من طلاق بائن : في خلعها رأيان

الرأي الأول: يقول به الأحناف، وهو أن الطلاق على مال يلحق المعتدة من طلاق رجعي، ويجب المال، ويلحق المعتدة من طلاق بائن ولا يلزم المال.

بمعنى أن الرجل إذا طلق إمرأته بائنا، ثم طلقها في العدة على مال وقع الطلاق الثاني أي الطلاق على مال، وسبب ذلك أن إعطاء المال قصد به تخليصها الخلاص المنجز من العصمة، وهذا حاصل في الطلاق البائن، ومن ثم فلا حاجة منها لدفع المال، وهذا بخلاف المعتدة في الطلاق الرجعي فهي زوجة حكما في خلال أجل العدة، ويجوز للزوج مراجعتها في العدة، ولزوم المال هنا سببه شراء عصمتها في خلاك العدة الرجعية .

الرأي الثاني: ذهب المالكية، والشافعية إلى أن المطلقة بائنا لا يلحقها الخلع في العدة،إذ لا يملك الرجل بضع امرأته بعد الطلاق البائن يقول **الدردير** في الشرح الصغير"ورد المال الذي

خالعها به أيضا بائنا أي ثبوت كونها وقت الخلع كانت مطلقة طلاقا بائنا إذ الخلع لم يصادف محلا حال البينونة [1].

يقول الدكتور **عبد الكريم زيدان** " ويبدوا لي أن الخلع، وإن لم يقع مستوجبا بدل الخلع إلا أنه يقع طلقة بائنة، وإستخلص هذا من قول **الدردير** : ورد المال الذي خالعها به أيضا..." فهم قالوا يرد المال، ولم يقولوا ببطلان المخالعة كلها بما فيها إيقاع الطلاق وبذل المال، ولكن الظاهر أنه يقول : "رد المال الذي خالعها به.... إذ الخلع لم يصادف محلا حالة البينونة منه" وبذلك يكون الرأي عند المالكية متفق مع الحنابلة، والشافعية، ويشترط في الزوجة أن تكون أهلا للتبرع لأن الخلع في حقها يعتبر معاوضة فيها شبهة التبرع، لأن فيها بذل المال فيها لا يعتبر مالا، وهو ملكها لعصمتها من أجل ذلك إشترط الفقهاء في الزوجة أهلية التبرع، وبما أنه أشترط في الزوجة المخالعة أهلية التبرع فإنها تكون أهلا للتبرع إذا إجتمع فيها أربعة شروط.

الأول : أن تكون بالغة فلا يتحقق الخلع إذا كانت الزوجة صغيرة مميزة كانت أو غير مميزة.

الثاني: أن تكون عاقلة فلا يتحقق الخلع إذا كانت الزوجة مجنونة أو معتوهة.

الثالث : ألا تكون مريضة مرض الموت.

الرابع : ألا تكون محجور عليها لسفه [2]

وسنتكلم على حكم إختلاع الصغيرة ، والمريضة ، والمحجور عليها والمكرهة باختصار في ما يلي:

---

[1]- أحمد نصر الجندي: **شرح قانون الأسرة الجزائري**، دار الكتب القانونية دار شتات للنشر و البرمجيات، مصر، 2009 ، ص381.

[1] - أحمد نصر الجندي، المرجع السابق، ص 382.

ثانيا : خلع الصغيرة:

الصغيرة إما أن تكون مميزة، وإما أن تكون غير مميزة، وعلى كل حال إما أن يجري الخلع بينها وبين زوجها، وإما أن يجري بين زوجها، ووليها ، فإما أن يضمن وليها بدل الخلع لزوجها، وإما ألا يضمن ذلك. فإن كانت الزوجة صغيرة غير مميزة، وخالعت زوجها بنفسها لم يقع عليها الطلاق ولم يلزمها شيء، أما عدم وقوع الطلاق عليها فلأن الزوج قد علق طلاقه إياها على قبولها دفع البدل، والقبول إنما يكون معتبرا الشريعة إذا حصل ممن هو أهل له والصغيرة غير المميزة ليست أهلا للقبول البتة فالمعلق عليه لم يحصل على الوجه المعتد به شرعا، فلا يحصل المعلق الذي هو الطلاق. وإن كانت الزوجة صغيرة مميزة وخالعت زوجها بنفسها فإن كان بلفظ الطلاق، فإنه يقع عليها طلاق رجعي ، ولا يلزمها شيء من المال.

ثالثا: خلع المحجور عليها لسفه

السفه ضد الرشد. هو كون الإنسان مصلحا في ماله لا يبذر فيه، ولا يضيعه على خلاف ما يرتضيه الشرع.

وإذا خالعت الزوجة زوجها، وهي سفيهة على مهرها، أو على شيء من مالها فإن كان إختلاعها منه بلفظ الطلاق وقع عليها طلاق رجعي، ولم يلزمها البدل لأن وقوع الطلاق يعتمد القبول، وقد تحقق منها، ولأن لزوم المال يعتمد كونها أهلا للتبرع، وليست أهلا له[1]

رابعا : خلع المكرهة:

إذا أكرهت الزوجة على الخلع فلا يلزمه المال لأن الالتزام بالمال بالإكراه لا يصح بإتفاق فقهاء المذاهب الإسلامية، ويقع الطلاق عليها لأنه علق على مجرد قبولها وقد قبلت.

[1] محمد محي الدين عبد الحميد: الأحوال الشخصية مع الإشارة إلى مقابلها في الشرائع الأخرى، بيروت لبذان2007، ص344، 343.

وقد ورد عن الإمام **مالك** قوله في الموطأ إن المرأة التي تخالع زوجها ثم يتبين أن الدافع إلى الخلع هو أن زوجها كان يضربها فيلزمه أن يرد لها ما دفعته له ويمضي الطلاق الذي أوقعه عليها.

خامسا: خلع المريضة مرض الموت:

إختلفت المذاهب الفقهية في أثار هذا الخلع:

يرى الحنفية أن هذا الخلع صحيح، ويقع به طلاق بائن، ويثبت به البدل، وأن ذلك البدل يخضع في نظرهم لأحكام الوصية فينفذ في حدود ثلث التركة ، وإذا توفت الزوجة في مرضها أثناء عدتها، وجب للزوج الأقل من الأمور الثلاثة "بدل الخلع، وثلث الخلع أو نصيبه من الميراث" وهذا كله لو إفترض بقاء الزوجية ، وورثها بالفعل، ولقد وجب له الأقل من الأمور الثلاث احتياطيا ومحافظة على حقوق ورثتها لإحتمال أن يكون الزوجان قد إتفقا على الخلع في هذا المرض ليحصل الزوج على أكثر من نصيبه في الميراث لو إستمر زواجه إلى وقت وفاتها، وفي هذه الحالة لا يجوز لها أن تحابيه بطريق التبرع لأنه وصية، والوصية لا تجوز للوارث عند الجمهور، وإذا ماتت بعد أن شفيت من مرضها الذي حصل فيه الخلع إستحق الزوج المخالع بدل الخلع كله لظهور أن الخلع تم في حالة الصحة.

ويرى المالكية أن الزوج إذا خالع زوجته، وهي مريضة مرضا مخوفا ، فإن الطلاق منفذ، ولا يتوارثان عند المالكية، ولو ماتت أثناء العدة [1]

[1] - أحمد أباش: **الأسرة بين الجمود والحداثة**، منشورات الحلبي الحقوقية، الطبعة الأولى، 2001 ، ص265-266.

المطلب الثاني: الصيغة والعِوَض

الفرع الأول: الصيغة

لابد للخلع من صيغة وفلا يصح بالمعاطاة، كأن تعطيه مالا وتخرج من داره بدون أن يقول لها: " اختلعي على كذا"، فتقول له: "اخلعني على كذا"، فيقول لها "خلعتك على ذلك"، فالإيجاب والقبول بالقول لا بد منه، أما الفعل المذكور فلا يقع به الخلع، وإن نوى به الطلاق، أو كان به الطلاق متعارفاً.

وفي صيغة الخلع وشروطها نتعرض لتفصيل المذاهب في ذلك ثم موقف المشرع الجزائري وما توصل إليه الإجتهاد القضائي.

أولا: الموقف الفقهي

1. رأي الحنفية: قالوا بشأن الأحكام التي تتعلق بالصيغة أنه يشترط في صحة القبول من الزوجة أن تكون عالمة بمعنى الخلع واعتبروا يمينا من جانب الزوج ، فلو إبتدأ الخلع بقوله: "خالعتك على مائة" مثلا، فإنه لا يملك الرجوع عنه، وكذا لا يملك فسخه، ولا نهي المرأة عن قبوله. وله أن يعلقه على شرط، ويضيفه إلى وقت.

أما الخلع بالنسبة للزوجة فهو معاوضة المال، لأنها تعطي الرجل مالاً ملكاُ له في نظير الطلاق، وذلك معنى المعرضة بين إثنين، أحدهما يعطي مالاً لغيره على سبيل الملك وثانيهما يعطي بدلاً في نظير تمليك ذلك المال، فإذا كان كذلك يصح لها أن ترجع قبل القبول فلو بدأت الخلع هي، فقالت : "اختلعت نفسي منك بألف"، أو "خالعني على صداقي

ونفقة عدتي" فلها أن ترجع قبل أن يقول الزوج : "خالعت على ذلك"، ويبطل بقيام أحدهما عن المجلس قبل القبول، ولا يصح للزوجة أن تعلقه على شرط ولا أن تضيفه إلى وقت [1].

ويشترط الحنفية: مطابقة الإيجاب للقبول، فإذا قال لها: "أنت طالق أربعاً بثلاث مائة" فقالت: " قبلت ثلاثاً "، لم تطلق، لأنه علق الخلع على قبولها الأربع، فإذا قبلت ثلاثاً لم يتحقق المعلق عليه وإذا قال لها: "طلقتك على ألف"، فقالت: " قبلت"، ثم قال: "طلقتك على ألف" فقالت: " قبلت"، ثم قال لها: " طلقتك على ألف"، فقالت: " قبلت"، فإنه يقع ثلاث تطليقات بثلاثة ألاف، وهذا بخلاف ما إذا قال لها: " خالعتك ولم يذكر بدلاً "، فقالت: " قبلت"، ثم أعاد لها اللفظ، فقالت: " قبلت"، فإن الثاني لا يقع لأن الأول وقع بائناً فلا يلحقها الثاني.

والفرق بين العبارتين أن الأول مذكور فيه العوض، فلا يقع إلا إذا قبلت ولما كرره لها بالعوض قبلت، فيقع الثلاث جملة واحدة بالعوض المكرر، أما الثاني فلم يذكر فيه العوض، فلا يتوقف وقوع الطلاق على قبولها متى نواه أو كان بلفظ خالعتك فإنه لا يحتاج إلى نية على قول. وإنما الذي يتوقف على قبولها سقوط حقها، وحينئذ يقع الطلاق باللفظ دون قبولها وهو بائن. فإذا كرره فإن الثاني لا يلحقه، هذا إذا بدأ الزوج بالعوض، أما إذا بدأت الزوجة بأن قالت:" خالعت نفسي منك بألف" وكررتها ثلاثاً، فقال: "قبلت"، فإنه لا يقع إلا بواحدة بألف على الصحيح .

[1] عبد الرحمان الجزيري: الفقه على المذاهب الأربعة، المكتبة التوفيقية، الجزء الرابع، دار الأرقم للنشر والتوزيع، بيروت لبنان، ص 368

رأي المالكية:

قالوا يشترط في الصيغة ثلاثة شروط:

الشرط الأول : أن تكون لفظا – بأن ينطق بكلمة دالة على الطلاق سواء كان صريحاً أو كناية فإذا عمل عملاً يدل على الطلاق بدون نطق، فإنه لا يقع به الطلاق، إلا إذا جرى به العرف.[1]

الشرط الثاني: أن يكون القبول في المجلس، إلا إذا علّقه الزوج بالأداء أو الاقباض فإنه لا يشترط أن يكون القبول في المجلس. فإذا قال لها: " إن أقبضتني عشرين جنيها أو أديت إلي كذا فأنت طالق"، فإن لها أن تقبضه بعد المجلس، ومتى فعلت ذلك بانت منه، إلا إذا طال الزمن بعد الانصراف عن المجلس، بحيث تمكث مدة يظهر فيها أن الزوج لا يريد أن يمد لها على أنه إذا قامت قرينة على أن الزوج يريد أن تقبضه في المجلس فإنه يعمل بها فلو قامت من المجلس بطل الخلع فلا تملك طلاق نفسها بالبدل.

الشرط الثالث: أن يكون بين الإيجاب والقبول توافق في المال، فإذا قال لها: " طلقتك ثلاثاً بألف" فقالت: " قبلتها واحدة بثلث الألف"، لم يلزمه طلاق، فإن له أن يقول: "إنني لم أرض بطلاقها إلا بألف"، وهذا بخلاف ما إذا قالت له: " طلقني ثلاثاً بألف" فطلقها " واحدة بألف" فإن الطلاق ينفذ والعوض يلزم، وذلك لأنها تملك نفسها بهذا وتبين به فما زاد عليه لم

[1]-عبد الرحمان الجزيري، المرجع السابق، ص 369

يتعلق به غرض الشارع ولا فائدة لها منه وكذا إذا قالت له: " طلقني واحدة بألف"، فطلقها ثلاثاً فإنه يصح لحصول عرضها وزيادة [1]

2. رأي الشافعية:

قالوا: صيغة الخلع هي كل لفظ من ألفاظ الطلاق صريحة أو كناية ومن كناياته لفظ: بيع وفسخ، فإذا قال لها: " بعتك نفسك بألف" ناويا بذلك الطلاق، فقالت: " قبلت"، كان خلعاً صحيحاً تبين به، ويلزمها العوض ومثل ذلك ما إذا قال: " فسخت نكاحك بألف"، وفي هذه الحالة يكون لفظ الفسخ طلاقا ينقص عدد الطلقات ومثال صريح الطلاق في الخلع أن تقول له: " طلقني على عشرين"، فقال: " طلقتك على ذلك" فإنه يكون طلاقاً صريحاً بائناً يقع بدون نية، فإذا نوى به أكثر من واحدة لزمه ما نواه، أما إذا قالت له: " أبني على عشرين"، فقال لها: " أبنتك"، فإنه لا يقع به

الطلاق إلا بالنية، وهكذا في كل ألفاظ الكنايات التي قدمت.

هذا وإذا بدأ الزوج بالطلاق على مال فذكر العوض، كان الخلع عقد معاوضة مشوب ومعلق على دفعها للعوض، فلا يقع به الطلاق إلا إذا قبلت، فكأنه قال لها: " إذا قبلت دفع العوض فأنت طالق" وعلى هذا يصح له الرجوع قبل قبولها نظراً لجهة العوض.

أما **شروط الصيغة** فهي:

أن يكون كلام كل واحد منهما مسموعا للآخر ولمن يقرب منه من الحاضرين ومنها أن يكون قبول ممن صدر معه الخطاب، ومنها أن يقصد كل منهما معنى اللفظ الذي ينطق.

[1] عبد الرحمان الجزيري، المرجع السابق، ص 370-371.

فإن جرى على لسانه بدون أن يقصد معناه، فإنه لا يصح ومنها أن لا يتخلل بين الإيجاب والقبول كلام، ومنها أن يتفق الإيجاب مع القبول، فإذا قال لها: " طلقتك بألف"، فقالت: "قبلت بألفين لا يقع شيء"، وإذا قال لها " طلقتك ثلاثاً بألف" فقالت: " قبلت واحدة بألف" فإن الثلاث تقع بألف، وذلك وذلك وإن لم يوافق القبول الإيجاب في الطلاق، لكنه وافقه في المال، والزوجة تملك المال والزوج يملك الطلاق وقد وافقته فيما تملك، فتلزم به ويلزم بالثلاث[1].

3. رأي الحنابلة:

يشترط في صيغة الخلع عدة شروط:

أولها: أن تكون لفظا، فلا يصح الخلع بالمعاطاة ولو نوى بها الطلاق، بل لا بد فيه من إيجاب وقبول.

ثانيها: أن يكون الإيجاب والقبول في المجلس، فإذا قال لها: " خالعتك بكذا" وقام من المجلس قبل قبولها، فإنه لا يصح وكذا إذا قامت هي ولم نقبل.

ثالثها: ألا يضيف الخلع إلى جزء منها، فإذا قال لها: " خالعتك يدك أو رجلك بكذا" وقبلت كان لغواً، وذلك لأن الخلع فسخ لا طلاق، بخلاف الطلاق الذي يقع عندما يضاف إلى جزء المرأة.

رابعها: أن لا يعلقه على شرط فإذا قال لها: " إن بذلت لي كذا فقد خالعتك" فإن الخلع لا

[1] عبد الرحمان الجزيري، المرجع السابق، ص 371-372.

يصح ولو بذلت له ما سماه، بخلاف الطلاق فإنه يصح تعليقه، وإذا إجتمع شرطا مع الخلع فإن الخلع يصح، والشرط يبطل مثل ذلك ما إذا اشترط الخيار، كما قال لها: " خالعتك بكذا على أن لي الخيار أو لك ثلاثة أيام"، فإن من خلال ما سبق تبين لنا إجماع الفقهاء على ضرورة تطابق الإيجاب مع القبول، فيما يخص صيغة الخلع.

إلا أنه لم يتضح لنا في شأن ماذا يتم هذا التطابق، هل يقصد به تطابق الإيجاب والقبول في مبدأ الخلع بحد ذاته؟ أو تطابق ذلك على البدل؟ وبالتالي هل يكون للخلع صفة العقد يستلزم قبول الزوج، أم هو مكنة تخضع للسلطة التقديرية للقاضي؟ أم هو حق إرادي تمارس من خلاله الزوجة حقها في فك الرابطة الزوجية بإرادتها المنفردة ؟.

إختلفت الآراء حول طبيعة الخلع، فهناك من يعتبره عقداً وهناك من يعتبره مكنة للزوجة ولكل في ذلك حججه.

أما بالنسبة لمن يعتبر الخلع عقد فنجد الدكتور "**محمد أبو زهرة**" يقول أنه: "عقد ينعقد بالإيجاب والقبول" أي أنه يخضع لمبدأ العقد شرعية المتعاقدين، وفي هذه الحالة فلا يوجد إشكال بالنسبة للقاضي لأن دوره ينحصر في تثبت ما اتفق عليه الزوجان وهذا يأخذ حكم الطلاق بالتراضي وهو ما ذهب إليه الدكتور "**عبد الرحمن الصابوني**" في تعريفه للخلع على انه: " إنهاء للحياة الزوجية بين الزوجين أو بالتراضي أو بحكم القاضي، على أن تدفع الزوجة لزوجها مبلغ من المال لا يتجاوز ما دفعه إليها مهراً".

وقد عرفه الأستاذ" **غوتي بن ملحة**" على أنه : " عقد اتفاقي يستلزم عرض الزوج وقبول الزوجة".

أما بالنسبة لمن يعتبر الخلع مكنة للزوجة تخضع للسلطة التقديرية للقاضي، فقد ذهب الإمام **مالك** في مدونته في جزئها الخامس إلى شرح الحالة التي تستطيع فيها الزوجة الكارهة أن تلجأ إلى القاضي للمطالبة بالخلع، هذا الأخير يعين حكمين للصلح بين الزوجين فإن لم يتوصلا إلى الإصلاح، فرق القاضي بينهما بغير رضا الزوج[1]

وجاء في شرح **الزرقاني** ما نصه:" فإن تعذر الإصلاح فإن أساء الزوج طلق بلا خلع إن لم ترض بالمقام معه وبالعكس فإن كانت هي المسيئة فقد إئتمانه عليها وخالعناه منها، بقدر المخالع له ولو زاد على الصداق".

في حين ذهب **ابن رشد** في بداية **المجتهد إلى أن:**" الفداء إنما جعل للمرأة في مقابل ما بيد الرجل من طلاق" وبهذا إعتبر أن للمرأة حق فك الرابطة الزوجية بالخلع في مقابل حق الطلاق الذي منح للزوج.

وعليه فإن الزوجة تتمتع بحق خالص في إنهاء العلاقة الزوجية لقاء بدل تدفعه للزوج، فإذا قبل ذلك انعقد الاتفاق بينهما، أما إذا رفض فينشأ تبعا لذلك حق إرادي يسمح لها بإنهاء العلاقة الزوجية، ومن ثمة فلا يملك القاضي حق رفض طلب التفريق بالخلع وليس له أية سلطة تقديرية في ذلك [2]

[1] نورة منصوري، المرجع السابق، ص 130

[2] عمر زودة : **طبيعة الأحكام لإنهاء الرابطة الزوجية وأثر الطعن فيها**، دار انكسلوبيديا، ص 60.

وهذا إستناداً لقوله سبحانه وتعالى { **فلا جُنَاحَ عليهما فيما افتدت به** } الآية 229 من سورة البقرة ولقوله – صلى الله عليه وسلم– :" **... اقبل الحديقة وطلقها تطليقه**" والذي جاء بصيغة الأمر ومما يدل أن الخلع حق للزوجة لا يشترط فيه رضا الزوج.

ثانيا: موقف المشرع الجزائري

إن قانون الأسرة الجزائري لم يتعرض في المادة (54) منه، لمسألة الصيغة وشروطها تاركاً ذلك لمبادئ الشريعة الإسلامية التي تعتبر المصدر التفسيري له، تطبيقا لنص المادة (222) التي تنص على أن " كل ما لم يرد النص عليه في هذا القانون يرجع فيه إلى أحكام الشريعة الإسلامية". حتى أن المادة (54) بنصها على أنه " يجوز للزوجة دون موافقة الزوج أن تخالع نفسها بمقابل مالي.

إذا لم يتفق الزوجان على المقابل المالي للخلع يحكم القاضي بما لا يتجاوز قيمة صداق المثل وقت صدور الحكم. لم توضح إن كان الاتفاق حول مبدأ الخلع في حد ذاته أو على بدله مما أدى إلى الاختلاف في تطبيقها عمليا، فمنهم من يستلزم رضا الزوج كشرط لإيقاع الخلع ومنهم من يرى أنه يتم بمجرد عرض الزوجة مقابل الخلع بدون هذا الرضا.

وقد إنقسم قضاء المحكمة العليا في هذه المسألة إلى إتجاهين :

الاتجاه الذي يشترط رضا الزوج لصحة الخلع:

هذا الاتجاه يشرط موافقة الزوج بالخلع حتى يكون صحيحا وقد وجد تطبيقه في عدة قرارات عن المحكمة العليا أهمها:

– القرار الصادر بتاريخ 1988/12/21 تحت رقم 51728 والذي جاء فيه:" من المقرر فقهاً وقضاءاً أن قبول الزوج للخلع أمر وجوبي إنه ليس للقاضي سلطة مخالعة الزوجين دون رضا الزوج ومن ثم فإن القضاء فيما يخالف هذا المبدأ يعد مخالف لأحكام الفقه، ولما كان من الثابت في قضية الحال أن المطعون ضدها طلبت التطليق ولما لم يكن لها سبب فيه أظهرت استعدادها لمخالعة زوجها دون أن يجد ذلك قبول من هذا الأخير، فإن القضاء بتطليق المطعون ضدها على سبيل الخلع يعد خرق للقواعد الفقهية الخاصة بالخلع ومتى كان كذلك إستوجب نقض الحكم المطعون فيه دون إحالته"[1]

– القرار الصادر بتاريخ 1991/04/03 وتحت رقم 73885 جاء فيه: " من المقرر شرعا وقانونا أنه يشترط لصحة الخلع قبوله من طرف الزوج ولا يجوز فرضه عليه من طرف القاضي ومن ثمة فإن القضاء بما يخالف هذا المبدأ يعد خرقاً لأحكام الخلع وخطأ في تطبيق القانون"[2] .

1. الاتجاه الذي لا يشترط رَضا الزوج بالخلع:

هذا الاتجاه لا يشترط موافقة الزوج لصحة الخلع بل يكفي عرض الزوجة مقابل الخلع وقد وجد تطبيقه كذلك في عدة قرارات للمحكمة العليا أهمها:

[1] القرار الصادر في 21-12-1988 رقم الملف 51728، المجلة القضائية لعام 1990 ، العدد الثالث، ص 32
2 القرار الصادر في 03-04-1991 المجلة القضائية لعام 1993، العدد الثاني، ص 55.

– القرار الصادر بتاريخ 1992/07/21 تحت رقم 83603 والذي جاء فيه: " من المقرر قانوناً أنه يجوز للزوجة أن تخالع نفسها من زوجها على مال يتم الاتفاق عليه فإن لم يتفقا على شيء يحكم القاضي بما لا يتجاوز صداق المثل وقت الحكم.

– إن المادة المذكورة من قانون الأسرة تسمح للزوجة بمخالعة نفسها من زوجها على مال دون تحديد نوعه كما يتفق الطرف على نوع المال وقدره وفي حالة عدم اتفاقهما يتدخل القاضي لتحديده على ألا يتجاوز ذلك قيمة صداق المثل، وقت الحكم دون الالتفات إلى عدم قبول الزوج بالخلع الذي تطلبه الزوجة لأن ذلك يفتح الباب للابتزاز والتعسف الممنوعين شرعا. وعليه فإن قضاة الموضوع – في قضية الحال – لما قضوا بتطليق الزوجة خلعا دون موافقة الزوج طبقوا صحيح القانون ومتى كان كذلك رفض الطعن" [1]

– القرار الصادر بتاريخ 1999/03/16 تحت رقم 216239 والذي جاء فيه :"الخلع رخصة للزوجة تستعملها لفدية نفسها من الزوج مقابل مبلغ مالي تعرضه عليه، ومن ثمة فإن قضاة الموضوع لما قضوا بتطليق الزوجة خلعا دون موافقة الزوج طبقوا صحيح القانون ومتى كان كذلك استوجب رفض الطعن"[2]

من خلال العرض السابق للآراء الفقهية، وسكوت المشرع الجزائري وعدم استقرار الاجتهاد القضائي في مسألة اشتراط رضا الزوج جاءت المادة 54 بعد تعديل 2005 صريحة في هذا الصدد، وعليه فإن الخلع هو حق للزوجة لا يشترط رضا الزوج كرسته الشريعة

[1] قرار المحكمة العليا الصادر بتاريخ 1992/07/21 ملف رقم 83603، الاجتهاد القضائي لغرفة الأحوال الشخصية لسنة 2001 ، العدد الخاص ص134.
[2] قرار المحكمة العليا الصادر بتاريخ 1999/03/16 ملف رقم 216239، الاجتهاد القضائي لغرفة الأحوال الشخصية لسنة 2001 ،العدد الخاص، ص 813 .

الإسلامية، وهو ما اهتدى إليه المذهب المالكي المعتمد في القانون الجزائري والذي سبق وأن وضحنا رأيه في المسألة من جواز الخلع دون الأخذ برضا الزوج، وقد صدر عن المحكمة العليا – غرفة الأحوال الشخصية– قرار تحت رقم 141262 المؤرخ في 1996/07/30، والذي قضى:" أن طعن الزوج بالخلع إنتهى إلى قبوله شكلاً ورفضه موضوعاً، إستناداً إلى أن الخلع هو حق خولته الشريعة الإسلامية للزوجة لفك الرابطة الزوجية عند الإقتضاء، وليس عقداً رضائياً بين الزوجين[1].

وبالتالي وجب استجابة القاضي لطلب الزوجة إذا أصرت على الخلع، وتعذر إعادة الوفاق بين الطرفين ويبقى دوره فقط في تقدير بدل الخلع عند عدم الاتفاق عليه من قبل المتخالعين.

الفرع الثاني: العِوَضْ

إن الخلع كما سبق: هو إزالة ملك النكاح في مقابل مال تفتدى به الزوجة نفسها.

فالعوض جزء أساسي في مفهوم الخلع. وبدونه لا يتحقق، فإن قال الزوج لزوجته: "خالعتك" وسكت لم يكن ذلك خلعاً، وإن نوى الطلاق كان طلاقًا رجعياً. وإذا لم ينو شيئا " لم يقع به شيء لأنه من ألفاظ الكناية التي تفتقر إلى النية".

فبدل الخلع هو ما تلتزم به الزوجة اتجاه زوجها في مقابل طلاقها وخلاص نفسها منه.

فما حكم أخذ الزوج لبدل الخلع؟ وما يصح أن يكون بدلا؟ وما يشترط غيره؟

-3 1 القرار الصادر بتاريخ 1996/07/30 ، تحت رقم 1141262 ،غير منشور مأخوذ عن كتاب الأستاذ عمر زودة، المرجع السابق، ص 159

وللإجابة عن هذه الإشكاليات نتناول ذلك على ضوء كل من الفقه ،والقانون ،وكذا اجتهادات المحكمة العليا.

أولا: الموقف الفقهي

1. حكم أخذ الزوج لبدل الخلع

يجوز شرعاً أن يأخذ الزوج مالاً أو ما يقوم مقامه في نظير خلاص الزوجة منه، ولا إثم عليه في ذلك لقوله تعالى: "فلا جناح عليهما فيما افتدت به" فإذا كان البدل مساوياً لما دفع للزوجة من مهر حل له أخذه. أما إذا كان أقل من قيمة المهر الذي دفعه فيحل له من باب أولى وهذا بإجماع الفقهاء. إلا أنهم اختلفوا فيما إذا كان البدل أكثر مما قدم إليها من مهر وفي هذا الشأن كان لكل مذهب رأيه.

❖ **رأي الحنفية:**

إنقسم الحنفية إلى روايتين أولاهما: أن أخذ النيابة جائز، لا شيء فيه، لإطلاق الآية السابقة : "فلا جناح عليهما فيما افتدت به" والتي رفعت الجناح عنهما في الأخذ والعطاء من الفداء، من غير فصل بين ما إذا كان هذا البدل مساويًا للمهر أو زائداً عليه.

واستدلوا على رأيهم بقوله تعالى:﴿ فان خفتم أن لا يقيما حدود الله فلا جناح عليهما فيما افتدت به ﴾ [1]

إذ أن الآية نفت الجناح (الإثم) عن الرجل فيما يأخذ من فدية (بدل الخلع) قل أو كثر، واستدلوا بقصة الربيع بنت معوذ– رضي الله عنها – فقد شكت إلى عثمان – رضي الله

[1] سورة البقرة، الآية 229.

عنه- زوجها وأنها انفلتت منها كلمة "أنا أفتدي بما لي كله"، فقال الزوج: "قد قبلت" قال عثمان: "خذ منها" فأخذ مالها كله، وفي رواية اخرى أنه ورد عن الربيع بنت معاذ قالت: "قلت له لك كل شيء وفارقني"، فقال: "قد فارقت"، فأخذ والله كل شيء ، فجئت وهو محصور فقال: "الشرط أملك خذ حتى عقاس رأسها".

ولأن الخلع معاوضة والبدل فيها يرجع إلى تراضي الطرفين فإن الزيادة التي تعطيها الزوجة من مالها تكون عن طيب خاطر لقوله تعالى ﴿ وأتوا النساء صدقتهن نحلة فإن طبن لكم عن شيء منه نفسا فكلوه هنيئا مريئا ﴾ [1].

وثانيهما: أن أخذ الزيادة مكروه للآية السابقة: ﴿ فلا جناح عليهما فيما افتدت به﴾[2] لأن آخر الآية مردود إلى أولها والتي تنهى الأزواج أن يأخذوا من زوجاتهم مما أتوهن من مهور، واستثنى منها الأخذ في حالة ترك إقامة حدود الله ويؤيد ذلك ما جاء في حديث امرأة قيس بن ثابت أن رسول الله صلى الله عليه وسلم " قال : "أتردين عليه حديقته؟ فقالت: " نعم وزيادة"، فقال: "أما الزيادة فلا" وبذلك نهى الرسول صلى الله عليه وسلم عن الزيادة مع كون النشوز من قبلها[3] .

❖ رأي الجعفرية :

يرى الجعفرية أنه إذا كانت الكراهة من قبل الزوج وحده وبذلت له الزوجة المال ليخالعها "لا يصح الخلع كما لا يحل له البدل، وعند وقوع النزاع بينهما يجوز الخلع على بدل تدفعه

[1] سورة النساء ، الآية 4
[2] سورة البقرة، الآية 229
[3] محمد مصطفى شلبي: فقه المذاهب السنية، والمذهب الجعفري، والقانوني، أحكام الأسرة في الإسلام، الدار الجامعية للطباعة والنشر، الطبعة الرابعة، ص 570-571.

الزوجة، لكن إذا كانت الكراهة من جانبهما جاز له أن يخالعها على أكثر مما أعطاها من المهر، وإن كانت منهما معاً لا يجوز له أن يأخذ منها أكثر مما أعطاها" [1]

❖ **رأي الشافعية:**

يرى الشافعية أنه لا فرق في جواز الخلع بين أن يخالع على صداق أو على بعضه أو على مال آخر. لا فرق أن يكون البدل عيناً أو ديناً أو منفعة وضابطه أن "كل ما جاز أن يكون صداقاً جاز أن يكون عوضاً في الخلع لقوله تعالى: ﴿ فلا جناح عليهما فيما افتدت به﴾[2].

❖ **رأي المالكية:**

يرى المالكية أنه لا يحل للزوج شرعا أن يأخذ شيئاً من زوجته إذا كان سبب النشوز منه، وإن أخذ وجب عليه أن يرده إليها، وإن التزمت بشيء في مقابل الخلع سقط عنها التزامها[3].

واستدلوا في رأيهم بقوله تعالى ﴿ لا تعضلوهن لتذهبوا ببعض ما آتيتموهن ﴾[4] وقوله تعالى ﴿ لا تمسكوهن ضراراً لتعتدوا ﴾ [5] .

ما يصح أن يكون بدلاً للخلع وشروطه :

كل ما صح أن يكون مهرا صح أن يكون بدلاً في الخلع، ولا تقدير فيه باتفاق جمهور الفقهاء، فيصح أن يكون من النقد أو العقار أو المنقول، كما يصح أن يكون ديناً في ذمة الزوج أو منفعة تقوم بمال، كما يصح أن يكون بإرضاع الزوجة لولدها منه مدة معينة، أو

[1] محمد مصطفى شلبي، المرجع السابق ، ص 571
[2] سورة البقرة، الآية 229.
[3] أحمد محمود الشافعي، الطلاق وحقوق الأولاد، ونفقة الأقارب في الشريعة الإسلامية، دار الهدى للمطبوعات،الإسكندرية، 1997 ص77 .
[4] سورة النساء، الآية 19
[5] سورة البقرة، الآية 231

على حضانته المدة المقررة لها دون أن تأخذ منه نفقة عليها أو تقوم بالإنفاق عليه مدة معينة وعليها الوفاء بذلك، فإن إمتنعت عن القيام بما إلتزمت أو عجزت عن ذلك كان لمن خالعها الرجوع عليها فيما يقابل المدة الباقية.[1]

وإذا لم يستوف الزوج ما اتفق عليه يرجع على الزوجة ببقية حقه أو على ورثتها إن ماتت أثناء المدة المتفق عليها.

وإذا خالعها على ما يعتقد أنه حلال وتبين أنه حرام كما لو قالت له: اخلعني على ما في هذا الإناء من الخل، فتبين أنه خمر، قال الإمامية والحنابلة: يرجع عليهما بمثله خلاً، وقال الحنفية: يرجع عليها بالمهر المسمى، كما أضاف الشافعية: يرجع عليها بمهر المثل.

أما إذا خالعته على مال باعتقاد أن البدل ملك للزوجة، فظهر أنه لغيرها، قال الحنفية والأمامية "إذا أجاز المالك صح الخلع وأخذ الزوج المال وإن لم يجز كان البدل له من المثل أو القيمة"، كما قال الشافعية: له مهر المثل إستناداً إلى ما هو مقرر عندهم من متى ذكر البدل الذي لا يصح بدلاً يبطل ويثبت بمهر المثل، وقال المالكية: يقع الطلاق بائن ويبطل العوض.

وليس للمطلق شيئاً حتى ولو أجاز المالك[2] وأضافوا أنه يشترط في العوض ان يكون حلالاً، فلا يصح الخلع على خمر أو خنزير أو مال معصوب مثل المسروق فإذا خالعته على شيء من ذلك وقع الطلاق بائناً، ويبطل العوض، فإن كان مغصوباً وجب عيه أن يرده

[1] محمد مصطفى شلبي، المرجع السابق، ص 565- 566

[2] عبد الكريم شهبون: مدونة الأحوال الشخصية المغربية، الجزء الأول، الطبعة الثانية، دار النشر المعرفة، الرباط، ص 268.

إلى صاحبه، فإن كان خمراً وجبت عليه إراقته، وإن كان خنزيراً وجب قتله وقيل يسرح ولا شيء للزوج على الزوجة في مقابل ذلك.

– أما إذا خالعته على شيء بعضه حلال وبعضه حرام، كما إذا خالعته على خمر وثوب فإن الخلع ينفذ والعوض يبطل، فلا شيء للزوج مطلقا[1] .أما لو علمت الزوجة بالحرمة دون الزوج فلا يلزمه الخلع.

ثانيا: موقف المشرع الجزائري

لقد نصت المادة (54) من قانون الأسرة الجزائري: " يجوز للزوجة دون موافقة الزوج أن تخالع نفسها بمقابل مالي.

إذا لم يتفق الزوجان على المقابل المالي للخلع، يحكم بما لا يتجاوز قيمة صداق المثل وقت صدور الحكم".

لم تبين هذه المادة ما يصح أن يكون بدلاً للخلع وشروطه مما يتعين معه الرجوع إلى الفقه، لا سيما المذهب المالكي الذي اعتنقه مشرعنا، باعتباره استعمل مصطلح "مال" ليعبر به عن بدل الخلع، والمال يمكن أن يكون من النقود والأوراق المالية المعروفة والمتداولة وكذا كل الأشياء التي يمكن تقويمها نقداً أو عيناً، وبعبارة فقهية أكثر دقة:"أن كل ما صح أن يكون صداقا صح أن يكون مقابل خلع"، ولهذا يمكن أن يكون ثمن الخلع والذي تدفعه الزوجة هو مؤجل صداقها أو نفقة عدتها المقررة شرعاً وقانونًا.

[1] عبد الرحمن الجزيري، المرجع السابق، ص 362.

ولكنه لا يجوز للزوجة التنازل عن حضانة أولادها للزوج مقابل طلاقها خلعا، لأن الحضانة هي حق للمحضون، وليس للزوجة حق الغير بدلاً للخلع للحصول على طلاقها من زوجها الذي لم تعد ترغب في الحياة معه.

وفي جميع الأحوال يجب أن يكون في مقابل الخلع معلوماً ومتفقاً عليه بين الزوجين.

– أما إذا إتفقا على الطلاق بالخلع ولم يحصل إتفاقهما على المقدار المالي المقابل للخلع فإنه يجوز للقاضي أن يتدخل لحسم الخلاف القائم بين الزوجين، حول المبلغ المطلوب أداؤه في حكم بالطلاق خلعاً مقابل مال لا تتجاوز قيمته قيمة الصداق الذي يقدم عادة لمثل الزوجة وقت صدور الحكم بالطلاق على أساس الخلع حسب أعراف كل منطقة.

وقد كرس الاجتهاد القضائي الجزائري سلطة القاضي في تقدير مقابل الخلع من خلال عدة قرارات منها ما ورد في القرار المؤرخ في 26 ماي 1968 عن المجلس الأعلى سابقا، والذي جاء فيه:

"إذا إتفق الزوجان على مبدأ الخلع وليس على مبلغه فلقضاة الموضوع السلطة المطلقة لتحديده بناءاً على صداق مؤجل وما ثبت لهم من ظلم يراه المجلس الأعلى أنه ينجر عنه الخلع بمجرد قبوله فسخ الزواج بدون حاجة إلى اشتراط أدائه فوراً، إذ يمكن فوق ذلك تأجيل دفعه كما يسوغ أن يكون الشيء غير موجود وقت الاتفاق"[1].

[1] قرار 22-04-1985 تحت رقم 36709 مجلة المحكمة العليا منشور في مجموعة الأحكام القضائية، الجزء 1.

- كما صدر عن المحكمة العليا قرار بتاريخ 22-04-1985 تحت رقم 36709 جاء فيه: "من المتفق عليه فقهاً في أحكام الشريعة الإسلامية أنه في حالة الاتفاق بين الزوجين على مبدأ الخلع والاختلاف على مقداره فإن أمر تقديره يعود لقاضي الموضوع، باعتبار أن ذلك يعتبر اتفاقا على مبدأ الطلاق بخلع ومن ثمة يتعين على القاضي تقدير قيمة الخلع ثم الحكم بالطلاق.

وتأكيدا لهذا المبدأ يستوجب نقض القرار الذي يقضي برجوع الزوجة لمحل الزوجية إذا طلبت الطلاق بخلع على مقدار صداقها واشترط الزوج مبلغا قدره خمسين ألف دج (50 000 دج) رغم إنصراف إرادة الطرفين إلى الطلاق بخلع وطلبهما له معا[1] .

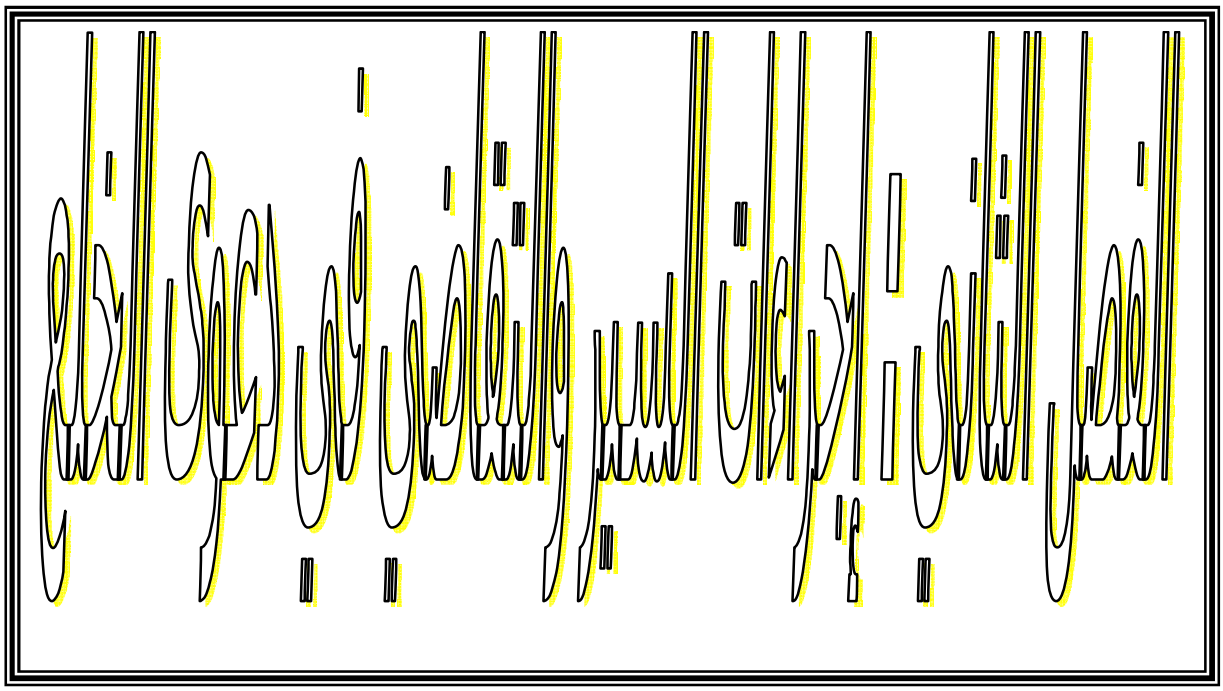
[1] القرار الصادر بتاريخ 1985/04/22 تحت رقم 36709، المجلة القضائية لسنة 1989، العدد الأول، ص 92.

خلاصة الفصل الأول

نستخلص من خلال ما إستعرضناه في الفصل الأول :

أن المشرع الجزائري تبنى الرأي القائل بأن الفرقة التي تكون عن طريق الخلع تعتبر طلاقاً لا فسخاً وذلك أن المادة 54 منه موجودة في خانة الفصل الخاص بالطلاق، في حين هناك إختلاف في الشريعة حول إعتبار الخلع طلاق أم فسخ إلى إتجاهين: إتجاه يرى أن الخلع فسخ للنكاح وإتجاه أخر يرى بأن الخلع يقع به طلاق بائن.

وأن المشرع الجزائري من خلال التعديل الذي أحدثه على قانون الأسرة المؤرخ في 27 فيفري 2005 في المادة 54 منه بين صراحة أن الخلع حق شخصي وإرادي للزوجة في فك الزوجية من دون البحث عن الأسباب على خلاف الشريعة الإسلامية التي إعتبرته عقدًا رضائياً يستوجب إستيفاء شروط معينة لوقوعه.


الفصل الثاني: إجراءات السير والتقاضي في دعوى الطلاق

الفصل الثاني : إجراءات السير والتقاضي في دعوى الخلع

تمهيد:

ومن إجراءات الخلع لابد من معرفة كيفية رفع الدعوى وما هي المحكمة المختصة بشأنها وطرق الطعن المتعلقة بها، وكيف تسير هذه الدعوى وهل للقاضي السلطة في ذلك وهل الصلح ضروري في الخلع.

لذلك قد قسمت هذا الفصل إلى مبحثين: يتمثل المبحث الأول في إجراءات دعوى الخلع، أما المبحث الثاني يتمثل في الأحكام القضائية الصادرة في دعوى الخلع وطرق الطعن فيها.

إن قانون الأسرة الجزائري رغم معالجته للمسائل المتعلقة بالأحوال الشخصية والقواعد الأساسية المنظمة للأسرة وأحكامها إلا أنه لم يتطرق إلى الإجراءات الواجب إتباعها في حالة إثارة نزاع بين الزوجين وخاصة في دعاوى فك الرابطة الزوجية وخاصة الخلع، الأمر الذي يستوجب الرجوع إلى قانون الإجراءات المدنية والإدارية لمعرفة إجراءات السير في دعوى الخلع (كمبحث أول) ، كما نبين الحكم القضائي الصادر في دعوى الخلع والآثار المترتبة عنه (كمبحث ثاني) .

المبحث الأول : إجراءات السير في دعوى الخلع

نتعرض في هذا المبحث الذي نقسمه إلى مطلبين ففي المطلب الأول نبين قواعد الاختصاص وكيفية رفع دعوى الخلع والثاني كيفية تسيير الجلسة وإجراءات التحكيم والصلح.

المطلب الأول : قواعد الاختصاص وكيفية رفع دعوى الخلع

نتناول في هذا المطلب الجهة القضائية المختصة في دعوى الخلع (كفرع أول) وكيفية رفع دعوى الخلع (كفرع ثاني).

الفرع الأول : الجهة القضائية المختصة في دعوى الخلع

تعرض دعوى الخلع على المحكمة المختصة محلياً ونوعياً وفقاً لقواعد الاختصاص الواردة في قانون الإجراءات المدنية والإدارية كما يلي :

أولاً : الإختصاص المحلي

تختص محلياً بالنظر في المنازعات التي تثار بين الزوجين محكمة مقر مسكن الزوجية وفقاً لنص المادة 3/426 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية.

والإختصاص المحلي ليس من النظام العام[1] . ومن ثم يجوز للزوجين الاتفاق على أن يحل خلافهما أمام المحكمة الأقرب أو التي يختارانها بإرادتهما، وفي هذه الحالة لا يحق للقاضي المختص أن يرفض دعواهما لعدم الإختصاص المحلي[2] .

[1] - إرجع إلى المواد من 45 إلى 47 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية الصادر بموجب القانون 08-09 المؤرخ في 25 فيفري 2008 الجريدة الرسمية العدد 21 المؤرخة في 23 أفريل 2008.

[2] - يوسف دلاندة : استشارات قانونية في قضايا شؤون الأسرة ، الطبعة 2011 ، دار هومه – الجزائر - ، ص56 .

ثانيا : الإختصاص النوعي

تقام دعوى الخلع أمام قسم شؤون الأسرة على مستوى محكمة الدرجة الأولى للقضاء العادي، وفقا لنص المادة 1/423 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية والتي جاء فيها : " ينظم قسم شؤون الأسرة على الخصوص في الدعاوى الآتية :

الدعوى المتعلقة بالخطبة والزواج والرجوع إلى بيت الزوجية وانحلال الرابطة الزوجية وتوابعها حسب الحالات والشروط المذكورة في قانون الأسرة " وذلك واضح من عبارة " وإنحلال الرابطة الزوجية " ، وبما أن الخلع من حالات انحلال الرابطة الزوجية ويكيف على أنه طلاق حسب قانون الأسرة الجزائري ، فإن المحكمة المختصة هي قسم شؤون الأسرة على مستوى محكمة الدرجة الأولى للقضاء العادي .

والاختصاص النوعي من النظام العام يجوز للقاضي إثارته من تلقاء نفسه إستنادًا لأحكام المادة 36 من قانون الإجراءات المدنية و الإدارية[1] .

[1] يوسف دلاندة ، المرجع السابق ، ص56 .

الفرع الثاني: كيفية رفع دعوى الخلع وشروط قبولها

لرفع دعوى الخلع طرق وشروط واجب توفيرها في رافع الدعوى ولذا سوف نتعرض لطرق رفع الدعوى (أولاً) وشروط قبولها (ثانياً) .

أولاَ : طرق رفع الدعوى

لرفع الدعوى وإقامتها أمام المحكمة توجد طريقتان هما :

رفع الدعوى بواسطة طلب مكتوب يتقدم به المدعي إلى المحكمة وهي الزوجة في دعوى الخلع تطلب منها أن تحكم لها بالخلع ، ويشترط في العريضة أن تكون مكتوبة على نسختين[1] ، كما يجب أن تحتوي على البيانات اللازمة المنصوص عليها في المواد:14-15- 16 - 17 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية والمادة 03 مكرر من قانون الأسرة التي جاء فيها : "تعد النيابة العامة طرفا أصليا في جميع القضايا الرامية إلى تطبيق أحكام هذا القانون " فالنيابة العامة هدفها السهر على تطبيق القانون ، فلا تنحاز لأمر طرف وقد جرى الفقه على تسمية النيابة العامة عندما تعمل أمام القضاء المدني بهذه الوسيلة بالطرف المنظم[2] ، والبيانات اللازمة في العريضة هي إسم ولقب ومهنة وموطن المدعي عليه (الزوج)، وكذلك ذكر الجهة القضائية المختصة والقسم، وأن تتضمن الوقائع والأسباب وتختم بالطلبات وعريضة إفتتاح الدعوى ، كما يستوجب القانون إرفاقها بالوثائق اللازمة كعقد الزواج والشهادة العائلية وكل وثيقة تراها المدعية أو وليها

[1]- بلحاج العربي : **الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري – الزواج و الطلاق** - ، الجزء الأول ، الطبعة الخامسة ، ديوان المطبوعات الجامعية ،2007،ص341.
[2]- يوسف دلاندة ، المرجع السابق ، ص56-57 .

ضرورية لدعم أوجه دفاعها وطلباتها ولإثبات أيضا صفتها وفق نص المادة 13 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية[1].

1. رفع الدعوى بواسطة تصريح شفهي أمام المحكمة ، وهنا يتولى كاتب الضبط أو أحد أعوان مكتب الضبط تحرير محضر بتصريح المدعي الذي يوقع عليه أو يذكر فيه أنه لا يمكنه التوقيع، ويصبح هذا المحضر وثيقة رسمية تقوم مقام العريضة المكتوبة[2] ، ثم تقيد الدعوى المرفوعة إلى المحكمة حالا في سجل خاص تبعا لترتيب ورودها مع بيان أسماء الأطراف ورقم القضية وتاريخ الجلسة[3] .

كما أن المحكمة العليا سارت على إجتهاد مفاده عدم إضرار أي شخص من دعواه ، بحيث دعوى الخلع لابد أن ترفع بدعوى مستقلة ، بحيث لا يقبل طلب الخلع المقدم عن طريق طلب مقابل ما لم يوافق الزوج على ذلك ودون قيد أو شرط وهذا لما جاء في قرار المحكمة العليا المؤرخ في 2006/07/12 أنه : " حيث يتبين بالفعل من خلال وقائع الدعوى أن الطاعن هو الذي أقام الدعوى من أجل رجوع المطعون ضدها إلى بيت الزوجية بغية الشمل إلا أنها قابلت طلبه بالرفض وطالبت خلعها مقابل عشرة آلاف دينار على أساس الهجر في المضجع وعدم الإنفاق التي تدخل ضمن حالات التطليق المحدد بالمادة 53 من قانون الأسرة الجزائري وحيث أنه بالإضافة إلى ما سبق ذكره فإن المحكمة العليا سارت على إجتهاد مفاده عدم إضرار أي شخص من دعواه وإذا كانت المطعون ضدها تدعى ضرراً أو تروم إلى طلب الخلع بمجرد أن تتخذ ما تراه مناسبا .

---

[1]- بلحاج العربي ، المرجع السابق ، ص342 .
[2]- أحمد شامي ، المرجع السابق ، ص250 .
[3]- عبد العزيز سعد : **قانون الأسرة الجزائري في ثوبه الجديد – أحكام الزواج و الطلاق بعد التعديل** ، الطبعة الرابعة –دار هومه ، 2010، ص177.

ومن ثم يكون القاضي الأول لما إستجاب لطلب المطعون ضدها الخلع بمجرد طلب مقابل قد أضر بالطاعن وخالف القانون مما يجعل هذين الوجهين مؤسسين مما يتعين معه نقض الحكم المطعون فيه[1] .

وجاء في قرار عن المحكمة العليا مؤرخ في 2011/09/15 "والذي جاء فيه الطاعن هو الذي رفع الدعوى من أجل رجوع المطعون ضدها للبيت الزوجي ورفضت ذلك وقابلت طلبه بالرفض مطالبه بالخلع، من المبدأ أنه لا يقبل طلب الخلع المقدم عن طريق مقابل حسب اجتهاد المحكمة العليا في ملف الطعن رقم 353851 في القرار الصادر بتاريخ 2006/07/12 ، والمحكمة العليا سارت على اجتهاد مفاده عدم إضرار أي شخص من دعواه وإن كانت المطعون ضدها تدعي ضررا أو لطلب الخلع أن تتخذ ما تراه مناسبا.

حيث أنه يتبين بالرجوع إلى الحكم المطعون فيه أن الطاعن رفع دعوى ضد المطعون ضدها– بصفتها زوجته – طالبا رجوعها إلى بيت الزوجية التي غادرته رفقة أهلها ، وذلك دون قيد أو شرط بينما طلبت المطعون ضدها رفض طلباته وبالمقابل الحكم بتطليقها للضرر مع الحقوق واحتياطيا طلبت الطلاق عن طريق الخلع وعرضت مبلغا مقابل ذلك كما طالبت بحقوق أخرى.

وحيث أنه بذلك يكون الطاعن قد استعمل حقه في مطالبة زوجته المطعون ضدها الرجوع إلى بيت الزوجية مادمت في عصمته ولم ترفع دعوى مستقلة سواء بالتطليق أو الخلع أو غير ذلك، وبالتالي فلا يجوز للمطعون ضدها أن تقدم طلبا مقابلا أو طلبين مقابلين ، سواء بالتطليق أو بالخلع، لأن دعوى التطليق أو دعوى الخلع لا تكون إلا بدعوى مستقلة ما لم يوافق الزوج على

[1] - مجلة المحكمة العليا : **غرفة الأحوال الشخصية** ، قرار بتاريخ 2006/07/12 ، ملف رقم 353851 ، العدد02 ، 2006 ، ص 431

ذلك ودون قيد أو شرط وبالتالي كان على المحكمة التقيد بموضوع الطلب الأصلي من عدم حرمان المطعون ضدها من حقوقها عند الضرورة ، وعليه فإن هذا الوجه مؤسس وينجر عنه نقض الحكم المطعون فيه دون حاجة لمناقشة بقية الأوجه [1].

ثانيا : شروط قبول الدعوى

نص المادة 436 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية على أنه : "ترفع دعوى الطلاق من أحد الزوجين أمام قسم شؤون الأسرة بتقديم عريضة وفقا للأشكال المقررة لرفع الدعوى" .

كما نصت المادة 437 من نفس القانون على أنه : "عندما يكون الزوج ناقص الأهلية ، يقدم الطلب باسمه ، من قبل وليه أو مقدمه ، حسب الحالة ".

وانطلاقا من هذين النصين فإن القانون يشترط في الزوج الذي يتقدم إلى المحكمة أن يكون ذا صفة ، بمعنى أنه يكون المدعي في دعوى الخلع هي الزوجة نفسها أو ممثليها قانوناً كالمحامي أو الولي أو الوصي ، وفقاً لنص المادة 437 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية يكون ممثلا للزوج والمقصود هنا الزوجة طالبة الخلع وليها أو مقدمها ، والأمر كذلك بالنسبة للزوج المدعى عليه وأن يكون المدعى متمتعا بأهلية التقاضي، أي أن يكون بالغ سن الرشد المدني وهو 19 سنة طبقا لنص المادة 40 من القانون المدني ، متمتعا بقواه العقلية وغير محجوز عليه وفقا للمادتين 42و44 من القانون المدني[2] .

كما يشترط أيضا في المدعي رافع الدعوى الذي يتقدم إلى المحكمة أن تكون له مصلحة في موضوع النزاع ، أي أنه يهدف من الالتجاء إلى القضاء تحقيق فائدة عملية مشروعة ، والمصلحة

[1] - مجلة المحكمة العليا : غرفة شؤون الأسرة و المواريث ، قرار بتاريخ 2011/09/15 ، ملف رقم 647108 ، العدد01 ، 2012 ، ص 311

[2] - بلحاج العربي ، مرجع السابق ، ص342-343 .

القائمة أصلا هي الشرط الأساسي لسماع الدعوى وقبولها أمام المحكمة وأن لا دعوى حيث لا مصلحة ، كما أن القاضي يقرر من تلقاء نفسه إنعدام الصفة أو الأهلية أو المصلحة، كما يقرر أيضا من تلقاء نفسه وجود إذن برفع الدعوى إذا كان هذا الإذن لازما.

يشترط أيضا إلى جانب الشروط السابقة لقبول دعوى الخلع أمام المحكمة لابد من تقديم نسخة من عقد الزواج مستخرجة من سجلات الحالة المدنية، فهي ضرورية لقبول الدعوى ، فإن لم تقدم هذه النسخة التي تثبت قيام علاقة زوجية صحيحة ، فإن المحكمة تقتضي بعدم قبول الدعوى ، فإذا توافرت هذه الشروط يلجأ المدعي، وبالأحرى المدعية وهي الزوجة أو ممثلها القانوني إلى المحكمة التي يوجد مقر الزوجية ضمن دائرة إختصاصها.

تقيد الدعوى المرفوعة إلى المحكمة حالا في السجل خاص تبعا لترتيب ورودها مع بيان أسماء الأطراف ورقم القضية وتاريخ الجلسة[1].

المطلب الثاني : كيفية تسيير الجلسة وإجراءات التحكيم و الصلح في الدعوى الخلع

نتناول في هذا المطلب كيفية تسيير الجلسة من خلال الفرع الأول ثم بيان إجراءات التحكيم والصلح في الفرع الثاني.

الفرع الأول : كيفية تسيير الجلسة

إن تسيير جلسة الأحوال الشخصية فهي عادية ولا تختلف عن الجلسات الأخرى والاختلاف الوحيد يكمن في أنه يمكن لأحد الزوجين أن يطلب من المحكمة أن تكون مرافعاتهما

[2]- بلحاج العربي ، مرجع السابق ، ص 343 .

في جلسة سرية لا يمكن حضورها إلا الطرفين والقاضي وأمين الضبط كما يمكن للقاضي ومن تلقاء نفسه أن يجعل الجلسة سرية إذا رأى ضرورة لذلك .

عندما تقام دعوى الخلع من طرف الزوجة ضد زوجها، وفقا لإحدى الطرق السابقة، يقوم كاتب الضبط بتسجيلها في السجل الخاص وتعيين تاريخ الجلسة التي ستعرض فيها دعواهما وعندئذ يتعين على الزوجين المتخاصمين حضور الجلسة في التاريخ المعين ، إما بنفسيهما أو بواسطة وليها إذا كان كلاهما أو أحدهما قاصرا أو محجوزا عليه[1].

فعلى الزوجين الإدلاء بطلباتهم و دفوعهم ، كما لهما تدعيم إدعاءاتهم بما لديهما من حجج من الأدلة المقررة قانونا[2].

أما إذا لم يحضر المدعي أو وليه في اليوم الأول المحدد للجلسة ، رغم صحة تبليغه بتاريخ الجلسة ، فإن القانون يخول للقاضي سلطة الحكم بشطب الدعوى ، أما إذا لم يحضر المدعى عليه ، فإنه يجوز للقاضي الفصل في الدعوى في غيابه ويفصل القاضي دائما بحضور الزوجين المتخاصمين في الجلسات بعد سماع كل منهما ويجوز لكل واحد منهما أن يطلب من المحكمة أن تكون مرافعاتهما في جلسة سرية لا يحضرها معهما أحد[3] .

يجوز لكل واحد من الزوجين أن يصحب معه شهوده إلى المحكمة ويقدمهم مباشرة الى القاضي أثناء الجلسة ، أما المرافعات أثناء الجلسة تكون بأن يبدأ المدعي من الزوجين وهي الزوجة في دعوى الخلع بعرض طلباته من المحكمة مع إبراز الأدلة التي يعتمد عليها ثم يعطي القاضي الكلمة للمدعى عليه منهما ليقدم دفوعه وحججه و أدلته المعاكسة ، بعد ذلك يحيل القاضي الكلمة

1- بلحاج العربي ، المرجع السابق ، ص353 .
2-الغوثي بن ملحة : قانون الأسرة على ضوء الفقه و القضاء ، الطبعة الثانية ،ديوان المطبوعات الجامعية، 2008، ص 117 .
1- بلحاج العربي ، المرجع السابق ، ص352 .

إلى محامي المدعى ثم إلى محامي المدعى عليه قبل إقفال باب المرافعة ، وفي حالة عدم حضور المدعي أو ممثله القانوني يحكم القاضي بشطب الدعوى ، أما في حالة عدم حضور المدعى عليه فيصدر في حقه حكما غيابيا ، وإذا فعل ذلك دون إثبات أن المدعى عليه قد تم تكليفه بالحضور وفقا للقانون وأنه قد بلغ تبليغا صحيحا وتغيب دون عذر مقبول ، فإن حكمه الغيابي سيكون مخالفا للقانون ومعرضا حتما للإلغاء[1].

الفرع الثاني : إجراءات الصلح و التحكيم

أوجب القانون على القاضي قبل أن يحكم بحل الرابطة الزوجية بالخلع أن يتبع بعض الإجراءات والشكليات تتعلق بالصلح و التحكيم بين الزوجين، فنتطرق إلى إجراءات الصلح (أولاً) ، ثم بعد ذلك إجراءات التحكيم (ثانياً).

أولاً : إجراءات الصلح في دعوى الخلع

نص المشروع الجزائري في المادة 49 من قانون الأسرة بالأمر 02/05 على أنه :"لا يثبت الطلاق إلا بحكم بعد عدة محاولات صلح يجريها القاضي دون أن تتجاوز مدته ثلاثة (3) أشهر إبتداء من تاريخ رفع الدعوى .

يتعين على القاضي تحرير محضر يبين مساعي ونتائج محاولات الصلح ، يوقعه مع كاتب الضبط و الطرفين.
تسجيل أحكام الطلاق وجوبا في الحالة المدنية بسعي من النيابة العامة .

2- عبد العزيز سعد ، مرجع سابق ، ص 118 .

كما نص قانون الإجراءات المدنية والإدارية رقم 08-09 المؤرخ في 2008/02/25 على الصلح في المواد من 439 إلى 449 ، ونص على أن إجراءات الصلح في مادة الأحوال الشخصية وجوبي وإلزامي[1].

كما يتضح من نص المادة 49 من قانون الأسرة الجزائري سالفة الذكر على أن سياسة المشروع الجزائري في تقييد الحق في الطلاق ، وما على القاضي إلا أن يستدعي الزوجين معا إلى مكتبه بواسطة رئيس كتاب الضبط ، وذلك بمجرد تسجيل الدعوى وطرحها عليه ، وأن يعين لهما جلسة خاصة في تاريخ محدد، يسمع فيها مزاعم كل واحد منهما تجاه الآخر، وذلك حتى يحاول خلالها إظهار مساوئ الفرقة من أجل إقناع طالبة الخلع بالرجوع عن التفكير في الخلع والعودة إلى حياة المودة والوئام على شرط أن لا تتجاوز مدة محاولات الصلح ثلاثة (3) أشهر إبتداء من تاريخ رفع الدعوى بالخلع ، لكن إذا تخلف أحد الزوجين عن حضور جلسات محاولات الصلح دون عذر فإن ذلك يعتبر إمتناعاً متعمدًا ورفضاً ضمنياً لمحاولات الصلح، ومثل هذا الوضع يعفي القاضي من الانتظار ويعفيه من تجديد محاولات الصلح ويعتبر محاولات الصلح فاشلة وغير منتجة ، فيحرر محضرا بفشلها يشير فيه إلى تخلف الزوج الممتنع دون عذر لأنه عندما تفشل محاولاته بالصلح ينتقل بالضرورة إلى الحكم بالخلع[2].

وهذا ما قضت به المحكمة العليا في قرارها المؤرخ في 1997/10/23 الذي جاء فيه " إن عدم حضور أحد الطرفين لجلسة الصلح رغم تأجيل إجرائها عدة مرات تجعل القاضي ملزما

1- أحمد شامي ، مرجع سابق ، ص 268.
1- أحمد شامي ، مرجع سابق ، ص 271-272.

بالفصل في الدعوى رغم عدم حضور أحدهما، لأن المادة 49 من قانون الأسرة تحدد مهلة الصلح بثلاثة أشهر[1].

كما أن المشروع نص المادة 49 من قانون الأسرة الجزائري يلزم القاضي بتحرير محضر يبين فيه مساعي ونتائج محاولات الصلح سواء كانت هذه النتائج إيجابية أم سلبية ، فإذا كانت إيجابية يذكر في المحضر الأمور التي وقع التصالح بشأنها وإذا كانت سلبية يذكر أن محاولات الصلح فشلت ويمكن أن يشير إلى أسباب فشلها وبعد تحرير المحضر من طرف كاتب الضبط الذي يكون قد حضر جلسات محاولات الصلح يوقعه كل من القاضي وأمين الضبط والزوجين ، لكن ما يعاب على هذه المادة أنها لم تنص على وجوب وإلزام إجراء محاولات الصلح[2].

عكس نص المادة 439 من قانون الإجراءات المدنية الإدارية التي تنص على أن " محاولات الصلح وجوبية وتتم في جلسة سرية " ومن هذه المادة يتضح أن محاولات الصلح وجوبية وتتم في جلسة سرية .

كما أن الفقرة الأخيرة من المادة 49 من قانون الأسرة الجزائري بينت حالة ما إذا تم الحكم بالطلاق، لابد من تسجيل الحكم في سجلات الحالة المدنية و تتولى هذه المهمة النيابة العامة .

والقاضي إلى جانب ذلك له السلطة التقديرية في إجراء محاولة الصلح واحدة بدل محاولات صلح طالما أنه إقتنع بعدم جدوى عقد جلسات الصلح .

وفي هذا المعنى صدر قرار المحكمة العليا بتاريخ 2011/04/14 حيث جاء فيه:

2- المحكمة العليا : غرفة الأحوال الشخصية ، قرار بتاريخ 1997/10/23 ، ملف رقم 174132 قبل تعديل القانون 11/84 المتعلق بقانون الأسرة.
أحمد شامي ، مرجع السابق ص 272 .

" بدعوى أن قاضي الدرجة الأولى أجرى محاولة صلح واحدة بدل محاولات صلح ، لكن حيث أنه بالرجوع إلى الحكم المطعون فيه يتبين أن قاضي الموضوع أجرى محاولة صلح بين الزوجين وعقد لذلك جلسة بتاريخ 2008/10/30 تمسك فيها الزوجان بمطالبهما وبالتالي فإن الإجراء المقرر في المادة 49 من قانون الأسرة ثم استنفاذه ولا يعيب الحكم اكتفاؤه بجلسة صلح واحدة طالما القاضي اقتنع بعدم جدوى عقد جلسات صلح أخرى مما يجعل الوجه غير سديد مستوجب الرفض "[1].

ثانياً: إجراءات التحكيم في الخلع

نص المشروع الجزائري في المادة 56 من قانون الأسرة المعدل بالأمر 02/05 على : "إذا اشتد الخصام بين الزوجين ولم يثبت الضرر وجب تعيين حكمين للتوفيق بينهما .

يعين القاضي الحكمين ، حكما من أهل الزوج وحكما من أهل الزوجة ، وعلى هذين الحكمين أن يقدما تقرير عن مهمتهما في أجل شهرين " [2].

1/ توصيف الحكمين في الشقاق الزوجي

إختلف العلماء في توصيف المبعوثين للشقاق الزوجي ، هل هما حكمان أو شاهدان وذلك على أربعة أقوال :

القول الأول : أن المبعوثين في الشقاق بين الزوجين حاكمان يقضيان بين الزوجين بجمع أو فرقة ، بعوض أو بغير عوض ، من غير توكيل من الزوجين أو رضا منهما ، ببحثهما أو بحكمهما.

1- مجلة المحكمة العليا : غرفة شؤون الأسرة و المواريث ، قرار بتاريخ 2011/04/14 ملف رقم 620084 ، العدد 01 ، 2012، ص 301.
2- المادة 56 من قانون الأسرة الجزائري رقم 11/18 المعدل بالأمر 02/05 المؤرخ 27 فبراير 2005 ، الجريد الرسمية العدد 15 المؤرخ في 27 فيفري 2005.

وهو قول أكثر المالكية، و قول الشافعية ورواية عند الحنابلة وابن تيمية في أحد القولين المنقولين عنه .

واستدل أصحاب هذا القول بما يلي :

1- قوله تعالى: ﴿ وان خفتم شقاق بينهما فابعثوا حكما من أهله وحكما من أهلها ﴾ [1] .

فسماهما الله –عز وجل– حكمين ونصبهما للحكم بين الزوجين ، ومكنهما منه ، و للحكم في الشريعة إسم ومعنى ، وللوكيل في الشريعة اسم ومعنى ، و الخطاب الوارد بالأحكام وتنفيذها ينصرف إلى الحكام و الأئمة دون أهل الخصومات .

2 – روى محمد بن سيرين عن عبيدة أنه قال في هذه الآية ﴿ وان خفتم شقاق بينهما فابعثوا حكما من أهله وحكما من أهلها﴾[2].

قال " جاء رجل وامرأة إلى علي رضي الله عنه ومع كل واحد منهما فئام من الناس فأمرهم علي رضي الله عنه – فبعثوا حكما من أهله وحكما من أهلها ، ثم قال للحكمين تدريان ما عليكما ؟ عليكما إن رأيتما أن تجمعا أن تجمعا ، وإن رأيتما أن تفرقا أن تفرقا ،قالت المرأة : رضيت بكتاب الله بما علي فيه ولي ، وقال الرجل : أما الفرقة فلا فقال علي رضي الله عنه: كذبت والله حتى تقر بمثل ما أقرت به "، فهذا الأثر عن علي يدل أنهما حكمان ، لا وكيلان لا شاهدين ، فلو كانا وكيلين أو شاهدين لم يقل لهما : " تدريان ما عليكما ؟" وإنما كان يقول أتدريان بما وكلتما ؟ ويسأل الزوجين ما قالا لهما.

1- سورة النساء الآية 35 .
2- سورة النساء الآية 35 .

القول الثاني : أما المبعوثين وكيلان عن الزوجين ، فلا يجوز بعثهما إلا برضاهما وموافقتهما و ليس لهما التفريق إلا برضاهما وتوكيلهما ، فيوكل الزوج حكمه – إن شاء – بطلاق .

وقبول عوض خلع ، وتوكل الزوجة – إن شاءت – حكمها ببذل عوض خلع وقبول طلاق به ثم يفعل الحكمان الأصلح من صلح أو تفريقا إن رأياه صوابا .

وهو قول بعض المالكية ، وقول الشافعية هو الأظهر عندهم رواية عند الحنابلة هي الصحيح من المذهب.

واستدلوا من المعقول : أن الزوجين راشدين و المال حقها والبضع حقه ، فلا يجوز لغيرهما التصرف في ذلك إلا بوكالة منهما أو ولاية عليهما .

القول الثالث : أن المبعوثين رسولان و شاهدان يرسلهما الحاكم ليصلحا بين الزوجين برضاهما وليعرفا حالهما : من الظالم منهما والمظلوم ؟ ويخبرا الحاكم بما اطلعا عليه ، ويشهد بما ظهر لهما ، وليس لهما أن يفرقا بين الزوجين .

وهو مذهب الحنفية ، وقول ابن حزم ، وأحد قول ابن تيمية ، وهو قول بعض المالكية .

أدلة هذا القول :

1. قوله تعالى﴿إن يريدا إصلاحا يوفق الله بينهما ﴾[1].

ووجه ذلك عنده أن الإصلاح هو قطع الشر بين الزوجين وقد رده الله – عز وجل – إلى اختيار الزوجين، ولا يعرف في اللغة ولا في الشريعة أن من الإصلاح بين الزوجين تطليق الزوجة على زوجها، وليس في الآية ولا في شيء من السنن أن للحكمين يفرقا، وهذا شأن الشاهد .

1 سورة النساء الآية 35.

2. الأثر المروي عن علي – رضي الله عنه – الذي جاء فيه قوله – رضي الله عنه – للحَكَمين : " تدريان ما عليكما ؟ عليكما إن رأيتما أن تجمعا أن تجمعا ، وإن رأيتما أن تفرقا أن تفرقا ، قالت المرأة : رضيت بكتاب الله بما علي فيه ولي ، وقال الرجل : أما الفرقة فلا فقال علي رضي الله عنه : كذبت والله حتى تقر بمثل ما أقرت به ".

فدل على أن ما يفعله الحكمان إنما يكون برضا الزوجين و تفويضهما فإن علي قال : كذبت "والله حتى تقر بمثل ما أقرت به " وهذا هو شأن الوكالة .

القول الرابع : أن المبعوثين إن وكلهما الزوجان فهما وكيلان ينفذ تصرفهما فيها وكلا فيه مجتمعين أو منفردين حسب التوكيل ، وأن لم يوكلهما الزوجان فهما شاهدان .

وهو قول الطبري وقول الحصّاص من الحنفية .

واستدلوا بما يلي :

1. قوله تعالى ﴿ فابعثوا حكما من أهله وحكما من أهلها﴾[1].

فقد أمر الله – عز وجل – بأن يكون أحد المبعوثين من أهل الزوجة ، والآخر من أهل الزوج ، فالذي من أهله وكيل عنه ، والذي من أهلها وكيل عنها ، فكأنه قال " فابعثوا رجلا من قبله ، ورجلا من قبلها ، وتسميتهما حَكَمين لا يعارض كونهما وكيلين ، لأن الأصل قبول قولهما على الزوجين ، ونفاذه عليهما بموجب توكيلهما ، فكان لزوم قول الحكمين للزوجين بمثابة الحكم ، فَسُميًا حَكَمين من هذا الوجه ، وحقيقتهما وكيلان [2].

1- سورة النساء الآية 35.
2- عبد الله بن محمد بن سعد آل خنين ، مرجع سابق ، ص 113-117 .

2. تعيين الحكمين في قانون الأسرة الجزائري

كما نص أيضا على إجراءات التحكيم في المواد 446 إلى 449 من قانون الإجراءات المدنية و الإدارية رقم 09/08 المؤرخ في 25 /2008/02 .

ومن تحليل هذه المواد نجد أنه إذا اشتد الخصام والشقاق بين الزوجين، أو أضر أحدهما بالأخر واستحال استمرار المعيشة المشتركة بينهما ولم يثبت الضرر ، اختارت المحكمة حكمين ، حكما من أهل الزوج و حكما من أهل الزوجة .

ويشترط في الحكمين أن يكونا رجلين عادلين من أهل الزوجين إذا أمكن ، وإلا فمن غيرهم ممن له خبرة بحالهما وقارة على الإصلاح بينهما ، وعلى هذين الحكمين أن يعترفا على الحكمين أن يرفعا تقريرهما إلى القاضي عن مهمتهما في أجل شهرين[1].

فالقاضي يحكم على ضوء تقرير الحكمين ، و لا يشترط فيه ان يكون معللا كما يجوز له رفض التقرير وتعين حكمين آخرين كما أن قناعة الحكمين لا تدخل تحت رقابة المحكمة العليا ، وليس للقاضي الحق في التدخل في هذا الشأن [2].

فإذا تم الصلح من طرف الحكمين يثبت ذلك في محضر ، يصادق عليه القاضي بموجب أمر آخر قابل لأي طعن طبقا لما جاء في نص المادة 448 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية ، فإن عجز الحكمان عن الصلح حكم القاضي بالخلع الذي لا يلزم الزوجة إثبات الضرر عكس التطبيق الذي يتطلب إثبات الزوجة الضرر ، كما أن المادة 449 من قانون الإجراءات المدنية

1- بلحاج العربي ، المرجع السابق ، ص359 .
2- بلحاج العربي ، المرجع السابق ، ص359

والإدارية نصت على أنه : " يجوز للقاضي إنهاء مهام الحكمين تلقائيا إذا تبنيت له صعوبة مهمة التحكيم ، وفي هذه الحالة يعيد القضية إلى الجلسة و تستمر الخصومة ."

3. دور الحكمين :

يلاحظ أن مهمة الحكمين في القضايا الخلع هي التأكد فقط من البغض والكراهية لأن الزوجة في الخلع غير ملزمة بإثبات الضرر، فبمجرد عدم القدرة على مواصلة العيش مع زوجها يقوم الحكمين بإعداد تقرير عن الوضعية يحكم من خلاله القاضي بالتفريق عن طريق الخلع [1].

والملاحظ أن قانون الأسرة الجزائري لم يجعل للحكمين حق التفريق دون القاضي بل جعل الحق بناء على اقتراحهما و هذا فيه احتياط حيث يجعل القاضي فرصة لمناقشة الحكمين في قرارهما مما يؤدي إلى تعديله لمصلحة الحياة الزوجية [2]. ومن ثم فهما يعتبران وسيطين وليس حكمين .

ومن المفترض أن تتلخص مهمة الحكمين في ما يلي :

أ. أحوال الجمع بين الزوجين :

إذا حصل الشقاق بين الزوجين وبان سببه مما لا يوجب الفرقة بينهما وجب الجمع ومن ذلك حالتان هما :

- **الحالة الأولى** : إذا كان سبب الشقاق مطالبة الزوجة لزوجها بأمر لا يسوغ شرعا:

1-سليم سعدي ، مرجع سابق ، ص 66.
2- طاهري حسين ، مرجع سابق ، ص 127 .

لقد ذكر المالكية أنه اذا كان الشقاق بين الزوجين بسب منع الزوج لزوجته من الخروج إلى الحمامات ونحوها ، أو تأديبها على ترك الصلاة ، أو زواجه عليها فلا يكون ذلك ضررا موجبا للتفريق بين الزوجين ، بل يجمع بينهما .

وما ذكروه ظاهر ، فلا يفرق بين الزوجين في شيء من ذلك ما لم يوجد ما يقتضي التفريق بسبب آخر مما يسوغ فيه التفريق ، كظهور الشقاق بينهما ، والنفرة من الزوجة لزوجها .

- **الحالة الثانية** : إذا ظهر أن سبب الشقاق من الزوجة هو تخبيب أهلها أو غيرهم :

الذي يحدث أحيانا أن يقوم أهل الزوجة من أم ونحوها أو غير أهلها بتخبيبها على زوجها ، إما بغض منهم للزوج، وإما لغير ذلك من الأسباب ، فيحملون زوجته على شقاقه والمطالبة بفراقه، وقد تستجيب الزوجة لهم إما مجاملة للأهل، وإما غرورا بها منهم أو من غيرهم ، وتكون الزوجة في الحقيقة غير مبغضة للزوج ، ولا كراهة له ، ولا متمنية فراقه ، لذا وجب على الحكمين التحقق من هذه الحالة وما يماثلها ، فإذا حدثت وجب الجمع بين الزوجين إذا أمكن صلاح حالهما بذلك ، لكن إذا انقلب ذلك مع المشاقة و المخاصمة إلى بغضاء حقيقية من الزوجة فتعامل في هذه الحالة معاملة الكارهة لزوجها ، ويجرى ما يقتضه الوحه الشرعي .

ب. أحوال التفرقة بين الزوجين :

يفرق بين الزوجين عند الشقاق في أحوال أبرزها ما يلي :

الحالة الأولى : إذا كانت الإساءة و المظلمة من الزوج :

وقد اختلف العلماء في ذلك على قولين :

القول الأول : إذا بان ظلم الزوج لزوجته وإساءته لها و إضراره بها ، ولم ترضى بالمقام معه ، فرق بينهما بطلاق لا عوض فيه .

وهذا مذهب المالكية ، وقول ابن تيمية من الحنابلة .

القول الثاني:لا يفرق بين الزوجين بدون رضاهما ولو كانت الإساءة والنشوز من الزوج. هو مذهب الحنفية و الظاهرية .

الترجيح : هو ما ذهب إليه أصحاب القول الأول لما يلي :

– قوله تعالى :﴿ فإمساك بمعروف أو تسريح بإحسان ﴾[1] ، فقد أوجب الله عز وجل على الرجال إمساك المرأة بالمعروف أو تسريحها بإحسان ، فإذا أضر بها فقد تعذر الإمساك بالمعروف ووجب التسريح بالإحسان .

– ما رواه أبو سعيد الخدري رضي الله عنه قال : قال رسول الله صلى الله عليه وسلم : " لا ضرر ولا ضرار "، فإذا ثبت ضرر الزوج وجب عليه إزالته ، فإذا تعين الطلاق سبيلا له وجب ، وقرر الحكمان ، فإن امتنع منه الزوج استوفاه الحاكم .

الحالة الثانية : إذا كانت الإساءة من الزوجة فقط و الزوج محسن إليها :

لقد اختلف العلماء على ثلاثة أقوال :

القول الأول : إذا كانت المخالفة والإساءة من الزوجة فقط فلا يفرق بينهما إلا أن تطلب الزوجة ذلك ويرضى به الزوج فتكون مخالعة .

وبذلك قال بعض المالكية ، وابن تيمية من الحنابلة في أحد قوليه .

1- سورة البقرة الآية 299 .

القول الثاني : أن الحكمين إذا رأيا صلاحا في التفريق بينهما فرقا على شيء يأخذانه منها للزوج، وإذا يريا صلاحا في ذلك لم يفرقا بينهما وائتمناه على الزوجة. وبه قال بعض المالكية: أنه إذا استوت مصلحة الفرقة ومصلحة البقاء رجع إلى إجتهاد الحكمين في البقاء والفرقة .

القول الثالث : انه إذا فقد الاتفاق و التآلف وحسن التعاشر بين الزوجين ولو ظهر الظلم والإساءة و المخالفة من أحدهما ولو الزوجة ، فرق بينهما .

وبذلك قال ابن العربي من المالكية وعلل ذلك بأن الفرقة تكون بوقوع الخلل في مقصود النكاح من الألفة وحسن العشرة ، فإذا وقع الخلل في مقصود النكاح ولو بظهور ظلم الزوجة لم يكن البقاء العقد وجه .

الترجيح : هو القول الثالث لما يلي :

– قوة ما علل به قائله .

– قوله تعالى : ﴿ الطلاق مرتان فإمساك بمعروف أو تسريح بإحسان ﴾ فقد أوجب الله عز وجل على الرجل إمساك زوجته بمعروف أو تسريحها بإحسان ، وإذا تعذر الإمساك بالمعروف لنشوز المرأة وطلبها الفراق وجب التسريح بإحسان .

الحالة الثانية :إذا كانت الإساءة من الزوجين معا على وجه السوية ، أو أشكل أيهما ظلم أو أيهما كان أظلم :

وبذلك قال المالكية وبعض الحنابلة [1].

1-عبد الله بن محمد بن سعد آل خنين ، مرجع سابق ،ص 103-111 .

فقد صرح علماء المالكية بأنه إذا كانت الإساءة و الظلم من الزوجين معا على وجه السوية ، أو أشكل أيهما ظلم او أيهما كان أظلم فرق بينهما بالخلع .

كما أنه أحد قولين ابن تيمية عند سوء العشرة بين الزوجين ، وألزم به بعض حكام الشام من الحنابلة .

على عكس الشريعة الإسلامية التي اعتبرت الخلع عقدا رضائيا ، جعل قانون الأسرة الجزائري مركز الزوجة مساويا لمركز الزوج في إنهاء العلاقة الزوجية ، بحيث منحها حقا إراديا في التفريق لقاء بدل تدفعه للزوج ، في المادة 54 المعدلة بالأمر 02/05 ومن ثم جرد القاضي من أي سلطة في الاستجابة من عدمها لطلب الخلع وسوف نتعرف في هذا المبحث الى الحكم .

المبحث الثاني : الحكم القضائي الصادر في دعوى الخلع و طرق الطعن فيه

بعدما تطرقنا في المبحث الأول إلى الإجراءات المتعلقة برفع الدعوى أو القواعد العامة والخاصة بها ينبغي علينا أن نحدد ونبين طرق الطعن في الأحكام الصادرة بالتطليق أو الخلع وما يمكن أن ينجم عن هذه الأحكام من أثار سواء بالنسبة للطرفين أو الغير وما هي طبيعة الأحكام؟

المطلب الأول : الأحكام الصادرة بالخلع

إن الأحكام القضائية بصفة عامة تقسم إلى أحكام منشئة وأحكام تقريرية وأحكام إلزام ولذلك يجب أن نتطرق إلى طبيعة الأحكام الصادرة بالخلع ثم ندرس أثار الأحكام .

الفرع الأول : طبيعة هذه الأحكام

قبل التطرق إلى طبيعة الأحكام الصادرة بالخلع يتعين علينا أن نشير إلى أنواع هذه الأحكام بنوع من الإيجاز .

أولاً : أنواع الأحكام

1. **الحكم الملزم** : حكم الإلزام هو ذلك الحكم الذي يتضمن إلزام المدعى عليه بأداء معين قابل للتنفيذ الجبري و لذلك فان حكم الإلزام يهدف إلى تقرير مصدر الإلزام ولكي تتحقق هذه الصورة فلابد أن يكون هناك تنفيذ جبري يهدف إلى إعادة مطابقة المركز الواقعي مع المركز القانوني للشخص فمتى نقول إننا أمام حكم ملزم فنكون أمام حكم ملزم إذا كان هناك حق يقابله إلزام ويكون هذا الحكم قابلا للتنفيذ الجبري [1].

2. **الحكم المقرر**: هو ذلك الحكم الذي يؤكد وجود أو عدم وجود الحق أو المركز القانوني، وهذا الحكم لا يمكن تنفيذه جبراً ، وهذا عكس الحكم الملزم لأنه بمجرد صدوره

تتحقق الغاية منه مثل الحكم الصادر بالتطليق فبمجرد صدوره تشبع الحاجة منه أي تخلص الزوجة من الزوج .

والأحكام المقررة لا يساهم القضاء إلا في الكشف عنها وتقريرها و الدعوى التقديرية لا توجه اعتداء ظهر فيشكل مخالف للالتزام لان الحق أو المركز القانوني لا يقابله التزام وإنما يواجهه مجرد اعتراض.

3. **الحكم المنشئ** :هو ذلك الحكم الذي يهدف إلى الحصول على قضاء يتضمن إنشاء أو إنهاء أو تعديل الحق أو مركز قانوني وهو مثل الحكم المقرر فبمجرد صدوره تتحقق الغاية منه بدون حاجة إلى تنفيذه جبرًا .

1- عمر زودة ، طبيعة الأحكام بإنهاء الرابطة الزوجية واثر الطعن فيها ، ص 98.

وتختلف الأحكام التقريرية عن الإنشائية في كون أن الأولى تكون فيها السلطة التقديرية للقضاء محدودة بينما في الأحكام الإنشائية تكون السلطة التقديرية للقضاء أوسع .

ونستخلص مما سبق إن القضاء الصادر بإنهاء الرابطة الزوجية سواء تعلق الأمر بالطلاق أو التطليق أو الخلع هو قضاء منشئ بحيث يترتب عنه إنهاء المركز القانوني الناشئ عن عقد الزواج .

بعد معرفة أنواع الأحكام القضائية فإننا سنقوم بدراسة الأحكام الصادرة بحل الرابطة الزوجية عن طريق الخلع بعد أن أشرنا في الفرع الأول إلى أنواع الأحكام القضائية سنتطرق إلى طبيعة هذه الاحكام المتعلقة بالخلع[1] .

ثانياً : طبيعة حكم الخلع

اختلف فقهاء الشريعة الإسلامية حول تكييف الخلع فأبو حنيفة يعطيه حكم اليمين من جانب الزوج وحكم المعارضة من جانب الزوجة ، في حين يرى المالكية أن الخلع معاوضة من الجانبين بينما يؤكد الفقه الحديث إن الخلع عقد بين رجل وامرأة على إنهاء الحياة الزوجية لقاء بدل ما تدفعه الزوجة لزوجها، وقد عرف البعض الأخر الخلع على انه إنهاء الحياة الزوجية بالتراضي بين الزوجين أو بحكم القاضي على أن تدفع الزوجة لزوجها مبلغا من المال لا يتجاوز ما دفعه لها مهرا ونحن في هذا الصدد لسنا في حاجة إلى الانضمام إلى أحد الاتجاهين .

1- عمر زودة ، مرجع سابق ، ص 98.

1 : الإتجاه الذي يرى أن الخلع عقد رضائي

إن المركز القانوني الناتج عن عقد الزواج لا يمكن أن ينقضي إلا بصدور عمل قانوني ، وقد يكون هذا الانقضاء نتيجة لممارسة العمل الولائي أو القضائي.

إذن إذا تم اتفاق الزوجين على إنهاء المركز القانوني الناشئ عن عقد الزواج فهو لا يتم إلا إذا انعقد العقد فيما بينهما ، وبما أن الإرادة أصبحت قاصرة لوحدها لترتيب الأثر القانوني. والشكل المقرر قانونا لإفراغ إرادة الطرفين هو الحكم القضائي، ويعد الحكم من الأحكام الاتفاقية، والقاضي في هذه الحالة لا يخرج دوره عن الموثق، فهو يقوم بتوثيق إرادة الطرفين، ويسمى هذا الحكم بالعقد القضائي، وبالتالي فهو يخضع للنظام القانوني الذي تخضع له سائر العقود الرسمية [1] .

ومن أجل تدعيم هذا الاتجاه نجد قرار المحكمة العليا رقم 73885 المؤرخ في 1991/04/23 والذي ينص على ما يلي:"من المقرر شرعا وقانونا أنه يشترط لصحة الخلع قبوله من طرف الزوج ولا يجوز فرضه عليه من طرف القاضي ومن ثم فإن القضاء بما يخالف هذا المبدأ يعد خرقا لأحكام الخلع ، وخطأ في تطبيق القانون[2].

2: الاتجاه الذي يرى إن الخلع هو مكنة خاضعة للسلطة التقديرية للقاضي بل البعض يرى انه حق للمرأة ، ويجب على القاضي أن يقرر لها هذا الحق .

إذا لم يصل الاتفاق بين الزوجين على الفرقة ، لقاء بدل تدفعه الزوجة ورفعت هذه الأخيرة أمرها إلى القاضي ، طالبة التفريق لقاء بدل تدفعه في حين يرفض الزوج ذلك .

فهل يحق للقاضي رفض الزوج ذلك أن يطلق الزوجة من زوجها فقد سبق وان رأينا انه يحق للقاضي أن يطلق الزوجة من زوجها رغم رفض الزوج إستناداً في ذلك إلى السنة النبوية وأراء

[1]- عمر زودة ، المرجع السابق، ص 114-115.
[2]- القرار رقم 73885 ، المؤرخ في 1991/04/23 ، المجلة القضائية 1993 ، العدد2 ، ص55،الجزء الثاني .

الفقهاء حيث ذهبوا إلى عدم إشتراط الكراهية من طرف الزوجة لصحة الخلع وتبعا لذلك أصبح من حق الزوجة ان تطلب التفريق لقاء بدل تدفعه دون أن يتوقف ذلك على أي شرط، يجب أن تثبته وبالتالي أصبح حق التطليق مقابل ما تدفعه من مال، حقا إرادياً تملكه الزوجة، ومن ثمة إذا تمسكت بالتفريق لقاء بدل تدفعه للزوج ، فلا يملك القاضي أن يرفض ذلك وليس له أي سلطة تقديرية في ذلك[1] .

وهذا ما يؤكد قرار المحكمة العليا رقم 83603 المؤرخ في 1992/07/21 و الذي جاء في نصه ما يلي :" من المقرر قانونا أنه يجوز للزوجة أن تخالع نفسها من على مال يتم الاتفاق عليه فان لم يتفقا على شيء يحكم القاضي بما لا يتجاوز صداق المثل وقت الحكم .

وهذا ما يؤكده أيضا قانون الأسرة الجزائري في مادة 54 الفقرة الأولى يجوز للزوجة دون موافقة الزوج أن تخالع نفسها بمقابل مالي . وبهذا المشرع الجزائري قد أزال التضارب حول مبدأ الموافقة من قبل الزوج.

وتنتهي دعوى الخلع بصدور حكم قضائي بفك الرابطة الزوجية عن طريق الخلع ، ويشمل القاضي حكمه ، بالتوابع التي تخلفت عن فك الرابطة الزوجية يصدر هذا الحكم إبتدائياً نهائيا على مستوى الدرجة الأولى كما جاء في نص المادة 57 من قانون الأسرة الجزائري فيما عدا الجوانب المادية فإنها تقبل الإستئناف[2] .

[1]- عمر زودة ، المرجع السابق، ص 115-116 .
2- ملحق رقم:3.

الفرع الثاني : توابع الخلع

أورد قانون الأسرة الجزائري آثار فك الرابطة الزوجية في الفصل الثاني من الباب الثاني تحت عنوان أثار الطلاق وتتدرج أثار الخلع في هذا الفصل باعتباره طريقا من طرق حل الرابطة الزوجية مع اختلافات ينفرد بها الخلع وتتمثل هذه الآثار في التزام المختلعة بتسديد بدل الخلع واعتدادها ونفقة عدتها وسقوط الحقوق الزوجية بالخلع[1] .

أولاً: الآثار العامة

هي الآثار التي يشترك فيها الخلع مع الطرق الأخرى لفك الرابطة الزوجية فهذه الآثار تخضع لإرادة الطرفين بحسب ما تراضيا عليه ، وعلى القاضي الاستجابة لهما إلا ما تعلق منها بالنظام العام كالحضانة ، ونفقة المحضون وسكناه التي يتصدى لها القاضي من تلقاء نفسه ونظرا سبق التفصيل فيه نتعرض لها بإيجاز وهي :

1: نفقة العدة

كل مختلعة معتدة تستحق نفقة من مال مخالعها طيلة مدة عدتها ويجب على الخالع أن يتحمل نفقة العدة وعلى المحكمة أن تحكم بها وتحدها إجماليا أو شهريا إذا طلبت الزوجة ذلك ولم تتنازل عن حقها هذا صراحة أمام القاضي طبقا لنص المادة من قانون الأسرة " ولها الحق في النفقة في عدة الطلاق " وعلى القاضي أن يراعى في تقدير نفقة العدة حال الزوجين وتجدر الإشارة إلى أن نفقة العدة يمكن أن تكون بدلا للخلع و بالتالي يسقط هذا الحق وليس المطالبة به.

وجاء مدعما لم وضحناه قرار المحكمة العليا :

[1]- أنور منصوري ، مرجع سابق ، ص 150.

1- القرار الصادر بـ: 1984/10/22 تحت رقم 34327 والذي قضى بـ: متى كان من المقرر شرعا أن نفقة العدة تضل واجبة للزوجة على زوجها سواء كانت ظالمة أو مظلومة ، فإن القضاء بما يخالف هذا يعد خرقا لأحكام الشريعة الإسلامية[1].

2: نفقة الإهمال

نصت المادة (74) من قانون الأسرة بأن نفقة الزوجة واجبة على زوجها بالدخول بها فإذا قدمت المختلعة ما يثبت أن مخالعها لم ينفق عليها يحق لها طلب نفقة الإهمال ، تحسب من تاريخ خروجها من مسكن الزوجية إلى غاية صدور الحكم بالخلع وتقدر نفقة الإهمال حسب مقدور الزوجين وهي شهرية .

3: الحضانة

عرفت المادة (62) من قانون الأسرة الحضانة بأنها: "رعاية الولد وتعليمه و القيام بتربيته على دين أبيه والسهر على حمايته وحفظه صحة وخلقاً " ، ويتعين على المحكمة عند تقرر الحكم بالطلاق بين الزوجين ينشأ حق الأم في طلب حضانة الأولاد لأنها أولى ، ثم يليها من هم أحق بالحضانة ، وبعدها حسب نص المادة (64) من قانون الأسرة ، وعلى القاضي ذكر بقاء الحضانة إلى حين سقوطها قانونا لسبب من الأسباب أو وجوب مانع ، وتنتهي حضانة الولد ببلوغه عشر سنوات و الأنثى ببلوغها سن الزواج ما لم تتزوج الأم ثانية .

[1]- القرار الصادر بتاريخ 1996/06/18 ، تحت رقم 34327 ، المجلة القضائية 1998 ، العدد 3 ، مرجع سابق ، ص 297.

4: نفقة المحضون

إن مسألة نفقة المحضون وسكناه تضمنتها (72) من قانون الأسرة " نفقة المحضون وسكناه من ماله الخاصة إذا كان له مال ، وإلا فعلى والده أن يهيئ له سكنا " فإذا كان للمحضون مال خاص به فذلك ، وإلا تعين على القاضي الحكم للوالد بالنفقة على محضونه ، كما يجب على الأب توفير مسكن له فإذا لم يستطع ذلك ، يقوم بدفع أجرة السكن حسب مقدور الأب ، تبدأ من تاريخ النطق بالحكم إلى غاية سقوطها شرعاً.

طبقا للقرار الصادر في : 2002/05/8 تحت رقم 254635 والذي جاء فيه "يعتبر بدل الإيجار أو السكن عنصر من عناصر النفقة الواجب دفعها من طرف الأب للمحضون ، ولا يمكن منح بدل الإيجار بعدد الأطفال المحضونين[1].

5: حق الزيارة

في المقابل الحكم للأم بالحضانة ، يحكم القاضي بحق الزيارة للأب ، تلقائيا دون أن يطلبها، لأنها من النظام العام ، ويحدد في الحكم أوقات وأماكن الزيارة [2] .

وفقا لقرار المحكمة العليا الصادر بتاريخ 2006/01/04 تحت رقم 350942 والذي قضى بزيارة الوالد لإبنه المحضون عند غيره، حق له وغير مرتبطة بسن معينة[3].

1 - القرار الصادر بتاريخ 2002/05/08 تحت رقم 254635 ، نشرة القضاء 2006، العدد 57 ، ص 209 ، الجزء الثالث ،ص 1309.
2 - نورة منصوري ، مرجع سابق ، ص 153.
3 القرار الصادر بتاريخ 2006/01/04 ، تحت رقم 350942 ، مجلة المحكمة العليا 2006 ، العدد 1 ، ص 445 المرجع السابق ، ص 1334

ثانيًا /: الآثار الخاصة بالخلع

1: إلتزام المختلعة تسديد بدل الخلع

متى وقع الإيجاب والقبول على المخالعة بين الزوجين أو حكم القاضي به إلتزمت الزوجة بدفع بدل الخلع سواء كان البدل المتفق عليه أو المحكوم به قضاءاً أكثر مما أعطى الزوج لزوجته من الصداق وأقل العموم قوله تعالى﴿ **فلا جناح عليهما فيما افتدت به** ﴾ إن هو عام في كل ما تعطيه الزوجة فداء لزوجها قليلا كان أم كثيرا زائدا عن المهر أو اقل منه .

2: إعتداد المختلعة

إختلف الفقهاء على عدة المختلعة على قولين :

القول الأول : أن المختلعة تعتد بثلاثة قروء لعدة المطلقة وبه قال "أبو حنيفة " و"مالك " و "الشافعي "و "أحمد" في رواية لهم وإستدلوا على ذلك بما يلي :

قوله تعالى ﴿ والمطلقات يتربصن بأنفسهن ثلاثة قروء﴾ [1] وما دام الخلع طلاق فتدخل المختلعة في عموم الآية .

قال أبو داود حدثنا القصنبي عن مالك عن شافع عن ابن عمر أنه قال : عدة المختلعة عدة المطلقة ".

القول الثاني : المختلعة تعتد بحيضة واحدة، وذهب اليه ابن تيمية وابن قيم وهي رواية معتمدة عن احمد واستدلوا في ذلك :

[1] سورة البقرة الآية 228

- روى أبو داود عن ابن عباس أنه قال : أن امرأة ثابت ابن قيس اختلعت من زوجها على عهد النبي – صلى اله عليه وسلم – فأمرها أن تعتد بحيضة.

- وروى عن الربيع بنت معود بن عفراء: أن ثابت بن قيس ضرب امراته فكسر يدها وهي جميلة بنت عبد الله بن ابي فجاء اخوها يشتكيه الى رسول لله – صلى الله عليه وسلم – فارسل رسول لله الى ثابت فقال : "**خذ التي لك عليها – وخل سبيلها، قال نعم فأمرها الرسول أن تتربص حيضة واحدة وتلحق بأهلها** ".

من خلال القولين يمكن أن نقول أن الأرجح هو الاعتداد بثلاث حيضات وذلك لعموم الآية الكريمة المذكورة أعلاه ، ما أن الحكمة من جعل العدة ثلاث حيضات هو الإحتياط لماء المطلق حتى يغلب عليه الظن بتكرر الحيض ثلاث مرات أن الرحم لا يشتمل على حمل منه ، ودلالة ثلاثة حيضات أبلغ من دلالة حيضة واحدة .

وكذا المادة (558) من قانون الأسرة الجزائري نصت أن المشرع جعل من عدة المطلقة المدخول بها ثلاثة قروء وما دام لم يرد استثناء في ذلك على المختلعة فإنها تمتد هي أيضا بثلاثة قروء لاعتبارها في حكم المطلقة تطبيقا لعموم النص ، ويستطيع ذلك ان اليائس من المحيض تعتد بثلاثة أشهر والحامل بوضع الحامل.

- **سقوط الحقوق الزوجية**

تسقط الحقوق المالية الثابتة لكل من الزوج والزوجة وقت الخلع بمقتضى الزواج الذي حدث فيه الخلع ، ولا أثر لهذا الأخير في الحقوق الثابتة الأخرى التي لا علاقة لها بهذا الزواج ، وفي سقوط هذه الحقوق المالية من عدم سقوطه ثلاثة آراء:

- **الرأي الأول:**

يرى " أبو حنيفة" أن الخلع يسقط به كل ثابت الفعل لكل من الزوجين على الأخر، كالمهر والنفقة المتجمدة للزوجة ، سواء كان الخلع بهذا اللفظ أو بلفظ المبارأة ومشتقاتها ، لأن المقصود بالخلع قطع الخصومة والمنازعة بين الزوجين وهذا لا يتحقق إلا بإسقاط كل حق يتعلق بالزواج فليس للزوجة المطالبة بمهرها التي لا تقبضه وليس لزوجها المطالبة بالمهر الذي قبضته إلا إذا كان الخلع واقعًا عليه ، أما ما لم يثبت كنفقة العدة والسكن ، فلا تسقط بالخلع بالإتفاق ومثل ذالك حق الطفل في الحضانة وأجرة الرضاعة غير أن الحقوق التي تسقط هي الحقوق المتعلقة بالزواج الذي وقع فيه الخلع [1] .

- **الرأي الثاني:**

ترى الجعفرية أن الخلع لا يسقط به أي حق ولا يوجب به إلا ما اتفق عليه الزوجين ، بأي لفظ وقع لأنه شبيه بالمفاوضة ، ولأن كلا من لفظي الخلع و المبارأة صريحا في الدلالة على سقوط

[1] نورة منصوري ، مرجع السابق ، ص 150 .

تلك الحقوق، فللزوجة بعد الخلع المطالبة بالمهر إن لم تكن قبضته وبنفقتها المتجمدة وغير ذلك من الحقوق .

- **الرأي الثالث :**

يفرق أبو يوسف بينما إذا وقع الخلع بلفظ الخلع ، وبينما إذا وقع بلفظة المبارأة ففي الأول لا يجب إلا ما إتفقنا عليه وفي الثاني لا تسقط به كل الحقوق المتعلقة بالزوجة ، مع ما إتفق عليه فهو في الأول مع الجعفرية و في الثاني مع الحنيفة ووجه التفرقة أن المبارأة صريحة في إبراء كل من الزوجين صاحبه وهي لم تقيد شيء دون غيره فتحمل على الإيذاء كل ما يتعلق بالزواج ، أما لفظ الخلع وما اشتق منه فلا يدل على هذا المعنى إن اقتصر فيه على ما اتفق عليه [1] .

ويتضح مما سبق أن المسألة إجتهادية لعدم ورود نصوص شرعية أو قانونية تخصصها ، ولكن الرأي الراجح هو ما ذهب إليه الجمهور من عدم إسقاط شيء من الحقوق الزوجية بالخلع لأن هذا الأخير عقد معاوضة فلا يزداد على ما تراضيا عليه ، ولا يسقط غيره ، وفي حالة المخالعة عن طريق القضاء فإن المادة (54) من قانون الأسرة تجعل فترة تقدير العوض من السلطة القاضي في حالة عدم إتفاق الزوجان عليه ، وهنا ورد اجتهاد المحكمة العليا بتاريخ 1968/05/22 جاء فيه " من المقرر شرعا أنه إذا اتفق الزوجان على مبدأ الخلع ، وليس مبلغه فلقضاة الموضوع السلطة التقديرية لتحديده بناءا على الصداق المعجل وما ثبت لديهم من الظلم ".

ورد في حكم محكمة النقض السوري " يجب أن يحد الإبراء في عقد المخالعة الحقوق التي يشملها ولا يصح إستنتاج ذلك إستنتاجاً .

[2] نورة منصوري ، مرجع السابق ، ص 153.

ويتضح أن إجتهاد المحكمة العليا ومحكمة النقض السورية يتماشى ، والفقه الحالي الذي يرى أن الخلع لا يسقط حق من الحقوق إلا ما اتفق عليه بإعتباره كالطلاق على مال [1] .

المطلب الثاني : طرق الطعن في الحكم الصادر بالخلع

تنقسم طرق الطعن في الأحكام إلى نوعين :

طرق طعن عادية ، وطرق الطعن الخاصة بالأحكام الصادرة بالخلع هي نفسها طرق الطعن الأخرى الصادرة في المواد الأخرى، ومن ثم فإنها كأصل عام تقبل الطعن بالمعارضة والإستئناف، وذلك في الجوانب المادية فقط كما تقبل الطعن بالنقض ، ولهذا يمكن تقسيم طرق الطعن إلى طرق طعن عادية، وتشمل المعارضة ، والإستئناف، وطرق طعن غير عادية، وتشمل الطعن بالنقض، وإلتماس إعادة النظر.

الفرع الأول : طرق الطعن العادية

إن الأحكام الصادرة في مسائل الخلع بصفة عامة مثلها مثل الأحكام الصادرة عن محاكم الدرجة الأولى تقبل الطعن فيها بالطرق العادية ، والمتمثلة في المعارضة ، والإستئناف يكون في الجوانب المادية فقط لأن أحكام الخلع تكون أحكام إبتدائية نهائية يتم الفضل فيها كأول ، وأخر درجة وفقا لنص المادة 57 من قانون الأسرة الجزائري .

أولاً / : الطعن بالمعارضة

لا نجد في قانون الأسرة الجزائري أي نص يستفاد من مضمونه أن أحكام الخلع تقبل المعارضة ، ولذلك علينا الرجوع إلى ق.إ.و.إ حيث تنص المادة 328 منه على أنه : "يكون الحكم ، أو

[1] نورة منصوري ، مرجع السابق ، ص 153.

القرار الغيابي قابلا للمعارضة أمام نفس الجهة القضائية التي أصدرته ما لم ينص القانون على خلاف ذلك " [1] .

فالطعن بالمعارضة لا يكون إلا ضد الحكم الغيابي، وترفع المعارضة أمام نفس الجهة القضائية التي أصدرت الحكم الغيابي، وتهدف المعارضة إلى مراجعة الحكم أو القرار، وكأنه لم يكن إلا إذا كان مشمولا بالنفاذ المعجل طبقا لنص المادة 327 ق.إ.و.إ .

إجراءات المعارضة تخضع للإجراءات العادية لرفع الدعوى حسب نص المادة 330 ق.إ.م.و.إ وتفصل فيها الجهة القضائية التي تعرض عليها في الشكل والموضوع ، ولا يجوز القضاء بشطب الدعوى في حالة المعارضة ، ويجب أن تكون العريضة مرفقة بنسخة من الحكم المعارض فيه تحت طائلة عدم قبول المعارضة شكلا، وحتى تقبل المعارضة يوجب القانون على المعارض تبليغ الخصم ، ويكون الحكم الصادر في المعارضة حضوريا حسب المادة 331 ق.إ.و.إ. أما أجال المعارضة فهو شهر واحد يبدأ من تاريخ التبليغ الرسمي للحكم، أو القرار وذلك حسب نص المادة 329 ق.إ.م. و.إ.

ومن خلال ما تناولناه بشأن المعارضة فإنه يتبين لنا أن الزوج المخالع له الحق في الطعن بالمعارضة ، وذلك في حالة عدم تسلمه التكليف المباشر بالحضور بشرط عدم إنقضاء الآجال القانونية المحددة .

[1] المادة 328 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية ، ص 51 .

ثانيا /: الطعن بالإستئناف

هو أحد طرق الطعن العادية يهدف إلى مراجعة ، أو إلغاء الحكم الصادر عن المحكمة ، ويعتبر الإستئناف المظهر العملي لمبدأ التقاضي على درجتين ، وبالرجوع إلى المادة 57 من قانون الأسرة الجزائري نجد أنها تضمنت مبدأ عاما ، وهو عدم قابلية الحكم القاضي بفك الرابطة الزوجية عن طريق الخلع للإستئناف إلا في جوانبه المادية [1] .

بالرغم من أن المادة جاءت صريحة إلا أنه حصل تضارب في قرارات المحكمة العليا فمنهم من ذهب إلى أن أحكام الخلع غير قابلة للإستئناف ومنهم من قال عكس ذلك ، وعليه إرتأينا أن نوضح ذلك في ما يلي :

1: أحكام الخلع غير قابلة للإستئناف

يرى أصحاب هذا الإتجاه أن أحكام الخلع تصدر ابتدائيا نهائيا ، عدا الجوانب المادية ، كالنفقة ، الحضانة ، وهو ما أخذ به المشروع الجزائري حين تعديله ، حيث نص في المادة 57 من قانون الأسرة الجزائري "أن تكون الأحكام الصادرة في دعوى الطلاق ، والخلع غير قابلة للإستئناف في ما عدا جوانبها المادية " .

وبالرجوع إلى بعض قرارات المحكمة العليا نجدها تعتبر الأحكام الصادرة في دعاوى الخلع غير قابلة للإستئناف، وذلك عندما يطعن في الأحكام الإبتدائية الصادرة بالخلع سواء صدر الحكم بالخلع أو برفضه، كما تقبل الطعن في القرارات الصادرة عن المجالس القضائية الفاصلة في الإستئناف المرفوعة ضد أحكام الخلع ، وإنتهت تلك الطعون بالنقض إلى قبولها شكلا ورفضها

[1] المادة 57 من قانون الأسرة الجزائري.

موضوعا[1] . وقد صدر قرار عن المحكمة العليا بتاريخ 30 جويلية رقم 1415262 فصل في طعن الزوج بالنقض في الحكم الصادرفي14 ديسمبر1994 إلى قبول الطعن شكلا و رفضه موضوعا[2] .

2: أحكام الخلع قابلة للإستئناف

يرى أنصار هذا الإتجاه أن أحكام الخلع قابلة للطعن.

1- كما قبلت المحكمة العليا الطعن بالنقض ضد القرارات الصادرة عن المجالس القضائية بعضها صدر تأييدا لحكم محكمة الدرجة الأولى ، وبعضها الأخر ألغى حكم الدرجة الأولى وصرح من جديد بالتفريق بالخلع ، وتكون المحكمة العليا بذلك قد قضت ضمنيا بجواز الطعن بالإستئناف في تلك الأحكام على إعتبار أن التقاضي يجري على درجتين عن تلك الدعوى[3] .

وبعد صدور التعديل أصبحت أحكام الخلع غير قابلة للإستئناف حسب نص المادة 57 ق.أ.ج.

الفرع الثاني : طرق الطعن غير العادية

بعد أن تطرقنا إلى طرق الطعن العادية سنتحدث عن طرق الطعن غير العادية :

أولا /: الطعن بالنقض

يتم الطعن بالنقض أمام المحكمة العليا ، ويتعلق بإصلاح الأخطاء القانونية التي أرتكبت أمام المحاكم الدنيا، ويختلف الطعن بالنقض عن الإستئناف من حيث أن المحكمة العليا غير مختصة بإعادة النظر في الوقائع التي إستند إليها الحكم المطعون فيه ، ولا يملك كذلك سلطة إجراء

1- عمر زودة ، المرجع السابق، ص 162.
2- قرار رقم 1415262 ، المؤرخ في 1996/07/30 ، الصادر في 1994/12/14، المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية. مأخوذ عن الأستاذ عمر زودة، ص 162.
[3]عمر زودة ، المرجع السابق، ص 162.

التحقيق، أو سماع شهود وإنما يجب فقط البحث عما إذا كان الحكم المطعون فيه مطابقا للقانون، وذلك تطبيقا لمبدأ المحكمة العليا محكمة قانون، وليست محكمة وقائع، وأنها لا تشكل درجة ثالثة من التقاضي، بحيث تنص المادة 349 من ق.إ. و.إ "تكون قابلة للطعن بالنقض الأحكام والقرارات الفاصلة في موضوع النزاع و الصادرة في أخر درجة عن المحاكم و المجالس القضائية".

وفيما يخص أجال الطعن بالنقض فقد نصت عليها المادة 354 ق.إ.م.إ :"يرفع الطعن بالنقض في أجل شهرين يبدأ من تاريخ التبليغ الرسمي ".

أما عن الآثار التي تترتب عن الطعن بالنقض فإنه لا يوقف تنفيذ الحكم أو القرار حسب نص المادة 361 ق.إ.م.و.إ[1] .

وبما أن المادة 57 من قانون الأسرة كانت صريحة فيما يخص عدم قابلية أحكام الخلع للإستئناف فبالتالي هي أحكام قابلة للطعن بالنقض .

ثانيا /: إلتماس إعادة النظر

لا يسمح بطلبات إعادة النظر إلا بالنسبة للقرارات الصادرة عن المجلس القضائية أو الأحكام الصادرة عن المحاكم إلا إذا حازت قوة الشيء المقضي فيه .

جاء في المادة 390 من ق.إ.م.إ : "يهدف إلتماس إعادة النظر إلى مراجعة الأمر الإستعجالي أو الحكم أو القرار الفاصل في الموضوع ، و الحائز لقوة الشيء المقضي فيه ، وذلك للفصل فيه من جديد من حيث الوقائع ، و القانون .

[1] قانون الإجراءات المدنية والإدارية المواد: 349، 354، 361.

ويكون إلتماس إعادة النظر أمام نفس الجهة المصدرة للقرار حسب المادة 394 ق.إ.م.إ ولا يجوز إلتماس إعادة النظر إلا ممن كان طرفا الحكم ، أو تم استدعاؤه قانونا بحسب المادة 391 ق.إ.م.إ. كما يرفع التماس إعادة النظر في أجل شهرين يبدأ سريانه من تاريخ ثبوت شهادة الشاهد أو ثبوت التزوير، أو تاريخ إكتشاف الوثيقة المحتجزة[1] .

ومن شروط تقديم إلتماس إعادة النظر توفر أحد السببين التاليين:

1- إذا إنبنى القرار أو الحكم على شهادة الشهود أو على وثائق أعترف بتزويرها، أو ثبت قضائياً تزويرها بعد صدور الحكم، وحيازته قوة الشيء المقضي فيه.

2- إذا أكتشف بعد صدور الحكم، أو القرار، أو الأمر الحائز قوة الشيء المقضي فيه أوراق حاسمة في الدعوى كانت محتجزة عمداً لدى أحد الخصوم.

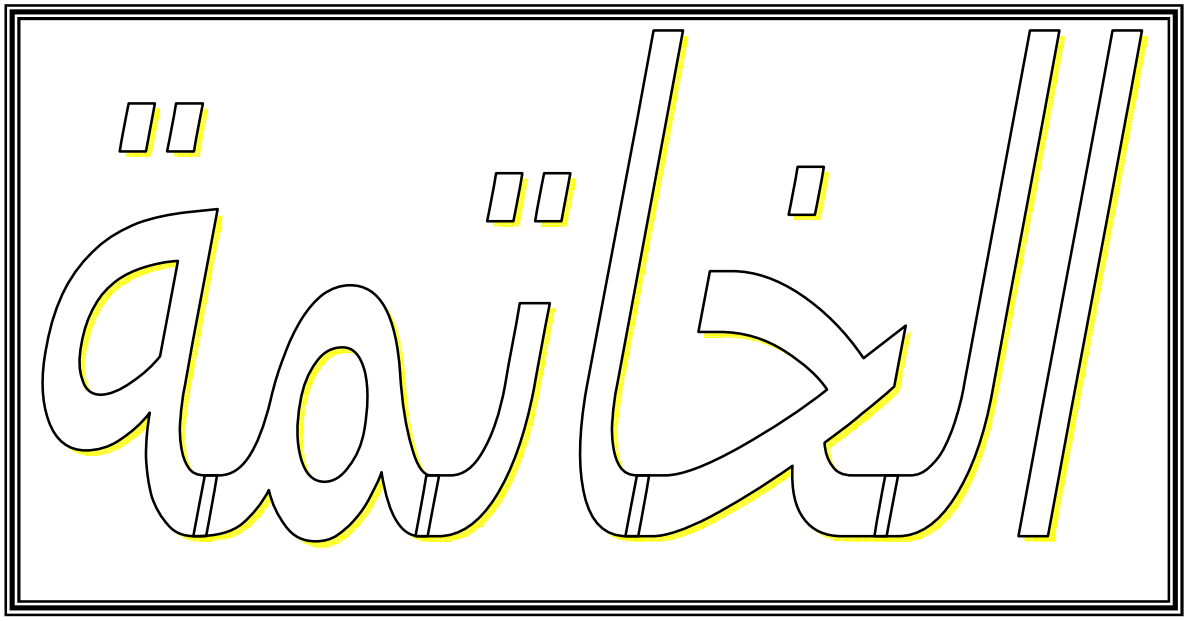
[1] قانون الإجراءات المدنية والإدارية المواد: 390، 391، 393، 393

خلاصة الفصل الثاني

من خلال ما إستعرضناه في الفصل الثاني:

– ترفع دعوى الخلع إستنادا إلي ق.إ.و.إ أمام قسم شؤون الأسرة ويشترط في رافع الدعوى الصفة والمصلحة وكذا الأهلية، بالإضافة إلي أن المشرع لم يعط للقاضي حق طلب التسبيب من الزوجة وإذا لم يتفق الطرفان في مبلغ الخلع يتدخل القاضي في تقدير بدل الخلع علي أن لا يتجاوز قيمة الصداق.

– كما يتبين لنا أن سلطة القاضي في دعوى الخلع وفقا لقانون الأسرة الجزائري المعدل بالآمر 02/05 تحدد بمهمتين الأولي هي الاستجابة التلقائية من القاضي للزوجة إذا طلبت الخلع وتأكد من بغضها وكراهيتها لزوجها ، بينما الثانية هي ضرورة تدخل القاضي في تحديد المبلغ المالي للخلع في حالة عدم الاتفاق عليه من طرف الزوجين.


الخاتمة

الخاتمة:

من خلال الدراسة التالية التي تناولت موضوع الخلع من جانبه القانوني والفقهي أظهرت النتائج التالية:

1- لم يتكلم المشرع الجزائري في قانون الأسرة عن موضوع الخلع بإسهاب بل إكتفى بمادة وحيدة نصّ فيها على أنه يجوز للزوجة مخالعة زوجها دون موافقته.

2- كما بينت الدراسة أن المشرع في قانون الأسرة إعتبر الخلع حقاً مكتسباً وحقاً إرادياً للزوجة في فك الرابطة الزوجية بإرادتها المنفردة من دون البحث في الأسباب من خلال نص المادة 54 المعدلة بالأمر 02/05 لقانون الأسرة، على خلاف الشريعة الإسلامية التي إعتبرته عقداً رضائيًا يستوجب إستيفاء شروط معينة لوقوعه وهي شروط أغفلها المشرع الجزائري لأنه إعتبر الخلع حقا شخصيا.

3- إن الخلع يختلف عن حالات الطلاق الأخرى بحيث يختلف عن التطليق كونه يرتكز على الأسباب المذكورة في المادة 53 والتي يجب على الزوجة إثباتها أمام القاضي حتى يقضي لها بالطلاق بخلاف الخلع، فلن تكون الزوجة مطالبة بالتسبيب إلا أنها تدفع مبلغ مالي مقابل تملك عصمتها. كما أنه يختلف عن الطلاق على مال في كون الخلع بلفظ الخلع أو ما في معناه أما الطلاق على مال فيكون بلفظ الطلاق.

4- بالرغم من إختلاف الفقهاء حول إعتبار الخلع فسخ أم طلاق إلا أن المشرع الجزائري تبنى الرأي القائل بأُن الخلع طلاق ذلك بنصه على الخلع كصورة من صور فك الرابطة الزوجية في المادة 54 من الأمر 02/05 في الباب الثاني تحت عنوان :(إنحلال الزواج)

5- كما ترفع دعوى الخلع بطريقتين: الأولي بعريضة مكتوبة وموقعة من المدعي، أما الثانية بالإدعاء الشفهي أمام آمين الضبط المختص، والدعوى ترفع أمام قسم الأحوال الشخصية بالمحكمة التي يوجد بها مقر مسكن الزوجية، ورافع الدعوى لابد أن تتوفر لديه الأهلية والصفة والمصلحة حتى تقبل دعواه.

6- إن الحكم الصادر في الخلع يقبل الطعن بالنقض دون الإستئناف ماعدا في جوانبه المادية ويترتب عليه نفس أثار الطلاق من حيث الحضانة. إن المشرع الجزائري في قانون الأسرة في المادة 54 لم ينص على حالة ما إذا إتفق الزوجان على أن تكون الحضانة هي مقابل للخلع وهذا يحيلنا إلى قواعد الشريعة الإسلامية طبقا لنص المادة 222 من قانون الأسرة الجزائري، ففي هذه الحالة لو خالعت الزوجة زوجها على أن تقوم بحضانة ولده منها، صح الخلع ولزمها القيام بحضانته المدة المحددة لها شرعا، وكذلك لم ينص على حالة ما إذا كانت نفقة الزوجة هي مقابل الخلع.

7- إختلف الفقهاء حول إشتراط إذن القاضي في الخلع، والمشرع الجزائري نص على

جواز الحكم بغير قاضي في المادة 54 بنصه (يجوز للزوجة أن تخالع نفسها) إلا أن المادة 49 نصت على أنه لا يثبت الطلاق إلا بحكم ، وبالتالي يجب إذن القاضي لكن لا تلزم الزوجة بتقديم أسباب للخلع ، ولا يتدخل القاضي في ذلك إلا في تحديد مقابل الخلع إذا لم يتفقا الزوجين في ذلك على أن لا يتجاوز قيمة المثل.

8- ما نلاحظه أيضاً أن المشرع الجزائري لم يخص الإجراءات الخاصة بدعوى الخلع في قانون الأسرة مما يحيلنا إلى قانون الإجراءات المدنية والإدارية ، فيشترط لقبول دعوى الخلع الصفة والمصلحة، كما ترفع الدعوى أمام قسم الأحوال الشخصية بالمحكمة التي يوجد بها مقر مسكن الزوجية بطريقتين ، الأولي بعريضة مكتوبة وموقعة من المدعي ، أما الثانية بالإدعاء الشفهي أمام آمين الضبط المختص.

إقتراحات:

إن تضارب الإجتهادات في موضوع الخلع أدى إلى إختلاف أحكام المحاكم وتناقضها، ولعل الوقت حان لمشرعنا أن يراجع قانون الأسرة بـ:

1. تخصيص قانون إجرائي خاص بشؤون الأسرة حتى لا يصعب على المتقاضين معرفة الإجراءات الواجب إتخاذها.

2. إن التزايد المستمر لقضايا الخلع مما أدى إلى إختلال في الكيان الأسري من تشتيت للعائلات وتشريد وإنحراف للأطفال يدق ناقوس الخطر لابد من تفعيل إجراء التحكيم في

الخلع للحفاظ قدر الإمكان على أواصر الأسرة، والإستعانة بالحكمين سواء من أهل الزوجين أو أهل التخصص والخبرة في مجال الدين كالأئمة والأطباء النفسانيين كإجراء في شكل قائمة معتمدة لدى المحكمة أسوة بقوائم الخبراء في المحاكم.

3. ضرورة إنشاء محكمة للأسرة على غرار المحكمة الإدارية وتقسيمها إلي أقسام من بينها قسم خاص بالنزاعات المتعلقة بفك الرابطة الزوجية حتى لا يثقل كاهل القضاة وللوصول إلى تحقيق العدالة المرجوة من اللجوء إلى القضاء.

4. على المشرع الجزائري أن يتدارك هذه الثغرات بالتعديل والنص عليها صراحة بدل السكوت عنها في ظل عدم وجود قضاة متخصصين في الشريعة حتى لا يفسر دائما بالرجوع إلي مبادئ الفقه طبقا لأحكام المادة 222 من قانون الأسرة على هوى القاضي وهكذا تتناقض الأحكام وتتضارب الإجتهادات.

قائمة المصادر والمراجع

قائمة المصادر والمراجع

أولاً/المصادر:

1- القرآن الكريم

2- السنة النبوية الشريفة

3- قرارات قضائية:

– قرار المحكمة العليا صادر عن غرفة **شؤون الأسرة والمواريث** بتاريخ 15سبتمبر 2011 ملف رقم 656259 قضية (ب،ع) ضد(ط،ي)، مجلة المحكمة العليا،العدد الأول،2012

– قرار المحكمة العليا صادر عن **غرفة الأحوال الشخصية** بتاريخ:2006/07/12، ملف رقم 353851، مجلة المحكمة العليا، العدد02،2006 .

– قرار المحكمة العليا عن **غرفة شؤون الأسرة والمواريث** بتاريخ :2011/09/15، ملف رقم 647108، مجلة المحكمة العليا، العدد 02، 2012.

ثانياً/قائمة المراجع

1-الكتب:

- أحمد شامي، قانون الأسرة الجزائري، طبقا لأحدث التعديلات- دراسة فقهية ونقدية مقارنة- ، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 2010.

- أحمد محمود الشافعي،الطلاق وحقوق الأولاد، ونفقة الأقارب في الشريعة الإسلامية ، دار الهدى للمطبوعات، الإسكندرية، مصر.

- أحمد فراج حسين، أحكام الأسرة في الإسلام، دار الجامعية، 1998.

- ابن منظور، لسان العرب، المجلد الثاني، الطبعة الأولي، دار صادر، بيروت،1997.

- باديس ديابي، فك الرابطة الزوجية على ضوء القانون والقضاء في الجزائر، دار الهدي عين مليلة، الجزائر، 2007 .

- بدران أبو العينين بدران، الفقه المقارن للأحوال الشخصية بين المذاهب الأربعة السنية والمذهب الجعفري والقانون،"الزواج والطلاق"، دار النهضة العربية، بيروت.

- بلحاج العربي، الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري- الزواج والطلاق-،الجزء الأول، الطبعة الخامسة، ديوان المطبوعات الجامعية،الجزائر،2007.

- جلال الدين السيوطي، سنن النسائي،الجزء الخامس، دار الفكر، بيروت.

- جمال عبد الوهاب عبد الغفار الهلفي، الخلع في الشريعة الإسلامية، دراسة فقهية مقارنة، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية ، مصر، 2003.

- طاهر حسين، الأوسط في شرح قانون الأسرة الجزائري مدعما بإجتهادات المحكمة العليا والمذاهب الفقهية، الطبعة الأولي، دار الخلدونية، الجزائر،2009.

- عامر سعيد الزيباري، أحكام الخلع في الشريعة الإسلامية، دار بن حزم، بيروت،1977.

- عبد الرحمن بن محمد عوض الجزيري، كتاب الفقه على المذاهب الأربعة، الطبعة الأولي، دار حزم للطباعة والنشر، بيروت، لبنان.

- عبد العزيز سعد ، قانون الأسرة الجزائري في ثوبه الجديد– أحكام الزواج والطلاق بعد التعديل، الطبعة الرابعة، دار هومة، الجزائر، 2010.

- الغوثي بن ملحة، قانون الأسرة على ضوء الفقه والقضاء، الطبعة الثانية، ديوان المطبوعات الجامعية، بن عكنون، الجزائر، 2008.

- مالك بن انس الإصبعي، المدونة الكبرى، الجزء الرابع، سنة1422هـ.

- لوعيل محمد لمين، المركز القانوني للمرأة في قانون الأسرة الجزائري، الطبعة الثالثة، دار هومة، الجزائر، 2006 .

– منال محمود المشني، الخلع في قانون الأحوال الشخصية أحكامه وأثاره– دراسة مقارنة بين الشريعة والقانون، دار الثقافة، الأردن،2008.

– وهبة الزحيلي، الفقه الإسلامي وأدلته– الأحوال الشخصية، الجزء السابع، طبعة خاصة– دار الفكر، الجزائر.

– يوسف دلاند، إستشارات قانونية في قضايا شؤون الأسرة، دار هومة، الجزائر 2011،.

2-الرسائل الجامعية

– أمينة بن جناحي، دور القاضي في الخلع– دراسة في الفقه والقانون والاجتهاد القضائي– رسالة ماجستير في الحقوق والعلوم السياسية، فرع عقود ومسؤولية، جامعة محمد بوقرة بومرداس، الجزائر، 2014.

– أيت شاوش دليلة، إنهاء الرابطة الزوجية، بطلب الزوجة، رسالة لنيل درجة دكتوراه العلوم، تخصص القانون، 2014.

– سلطان بن محمد بن دعليج، دعوى الخلع في القضاء السعودي، دراسة تطبيقية رسالة ماجستير في قسم العدالة الجنائية، تخصص التشريع الجنائي،جامعة نايف العربية للعلوم الأمنية، كلية الدراسات العليا، الرياض 1434هـ–2013م.

فهرس المحتويات

المحتوى	الصفحة
شكر وتقدير.....	
إهداء.....	
مقدمة.....	أ
الفصل الأول: الطبيعة القانونية للخلع	
تمهيد	**09**
المبحث الأول: مفهوم الخلع.....	**10**
المطلب الأول: تعريف الخلع.....	**10**
الفرع الأول: تعريف الخلع لغة.....	**11**
الفرع الثاني: تعريف الخلع اصطلاحا.....	**12**
المطلب الثاني: التكييف القانوني للخلع وتمييزه عن بعض صور انحلال الرابطة الزوجية.....	**13**
الفرع الأول: التكييف القانوني للخلع بين الفسخ والطلاق.....	**13**
الفرع الثاني: المقارنة بين الخلع وبعض حالات انحلال الرابطة الزوجية.....	**19**
المبحث الثاني: أركان الخلع.....	**26**

المطلب الأول: طرفي الخلع.....	**26**
الفرع الأول:الزوج المخالع.....	**26**
الفرع الثاني: الزوجة المختلعة.....	**27**
المطلب الثاني: الصيغة والعوض.....	**32**
الفرع الأول: الصيغة.....	**32**
الفرع الثاني: العوض.....	**42**
خلاصة الفصل	**50**
الفصل الثاني:إجراءات التقاضي في دعوي الخلع	
تمهيد.....	**52**
المبحث الأول: إجراءات السير في دعوى الخلع.....	**53**
المطلب الأول: قواعد الإختصاص وكيفية رفع دعوى الخلع	**53**
الفرع الأول: الجهة القضائية المختصة في دعوى الخلع	**53**
الفرع الثاني: كيفية رفع دعوى الخلع وشروط قبولها.....	**55**
المطلب الثاني: كيفية تسيير الجلسة وإجراءات التحكيم والصلح في دعوى الخلع.....	**59**
الفرع الأول: كيفية تسيير الجلسة.....	**59**
الفرع الثاني: إجراءات الصلح والتحكيم	**61**
المبحث الثاني: الحكم القضائي الصادر في دعوى الخلع وطرق الطعن فيه.....	**73**
المطلب الأول: الأحكام الصادرة بالخلع.....	**73**

الفرع الأول: طبيعة هذه الإحكام.....	**73**
الفرع الثاني: توابع الخلع.....	**78**
المطلب الثاني: طرق الطعن في الحكم الصادر بالخلع	**85**
الفرع الأول: طرق الطعن العادية.....	**85**
الفرع الثاني: طرق الطعن غير العادية.....	**88**
خلاصة الفصل.....	**91**
الخاتمة.....	**93**
قائمة المصادر والمراجع.....	**98**
فهرس المحتويات.....	**103**
ملخص.....	
الملاحق.....	

ملخص المذكرة:

نظم المشرع الجزائري أحكام الخلع على أساس المساواة فيما أنه أعطى للزوج حق الطلاق بإرادته، كذلك أعطى للزوجة حق مخالعة زوجها دون موافقته وذلك بنصه في المادة 54 من قانون الأسرة المعدلة (يجوز للزوجة دون موافقة الزوج أن تخالع نفسها بمقابل مالي ، إذا لم يتفق الزوجان على المقابل المالي للخلع يحكم القاضي بما لا يتجاوز صداق المثل وقت صدور الحكم) ولقد جاءت هذه المادة خالية من كل قيد آو شرط ، فلم تعط تعريفًا للخلع ولم تبين طبيعته ولا شروطه.

وقد ترتب على إقرار هذا النص مشاكل كبيرة على مستوى القضاء، حيث أصبح الخلع يمارس من قبل الكثير من النساء لأتفه الأسباب ودون مراعاة للضوابط الشرعية. وعليه أضحى الخلع مشكلة من المشاكل الرئيسية التي تواجهها الأسرة والمجتمع الجزائري.

الملاحق